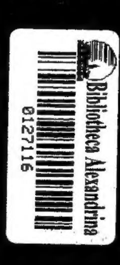
المطوّل في القانون المدني

مفاعيل العقد
أو آثاره





المطول في القانون المدني

مفاعيل العقد

(أو آثاره)

الطبعة الأولى
2000م - 1420هـ

«Ouvrage publié avec le concours du Ministère français
chargé de la culture – Centre national du livre»



بيروت - الحمراء - شارع اميل اده - بناية سلام - ص.ب: 113/6311 لبنان
هاتف: 791123/4 / 802428(01) - 220924(03) - فاكس: 603654(01)
المصيطبة - شارع بارودي - بناية طاهر - هاتف: 311310 - 301030(01)

المطوّل في القانون المدني

بإشراف جاك غستان

مفاعيل العقد
أو آثاره

تأليف
جاك غستان
بالتعاون مع
كريستوف جامان ومارك بيِّو

ترجمة
منصور القاضي

مراجعة
د. فيصل كلثوم
استاذ في كلية الحقوق - جامعة دمشق

المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع

هذا الكتاب ترجمة

TRAITÉ DE DROIT CIVIL

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques
(Prix DUPIN Aîné, 1990)

Sous la direction de Jacques Ghestin

LES EFFETS DU CONTRAT

2e ÉDITION

JACQUES GHESTIN
Professeur à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne)
Avocat à la Cour

avec le concours de

CHRISTOPHE JAMIN
Professeur à l'Université de Lille II

MARC BILLIAU
Maître de conférences des Universités
Avocat à la Cour

Interprétation - Qualification - Durée
Effet relatif - Opposabilité

تقديم المترجم

هذا الكتاب هو القسم الثاني من المطوّل في القانون المدني الذي يعالج مفاعيل العقد تجاه الفرقاء في العقد وبالنسبة إلى الغير، ويقدم نظرية عصرية للعقد، وعلى وجه الخصوص لاجتهاد محكمة النقض (محكمة التمييز في لبنان).

وواضع هذا الكتاب الأستاذ جاك غيستان مشهود له في القانون الخاص ومن الأوائل في هذا المضمار، وقد اشترك معه في وضعه الأستاذان كريستوف جامان ومارك بيّو وهما بغنى عن التعريف.

ولهذا المؤلَّف ميزات كبيرة أهمها:

1 ـ سهولة التعبير وعمق التحليل ووضوح الفكر.

2 ـ غزارة الاجتهادات المستشهد بها والصادرة عن مختلف المحاكم الفرنسية والأجنبية، ولا سيما محكمة النقض ومحاكم الاستئناف.

3 ـ إبداء الرأي الخاص في هذه الاجتهادات، تأييداً عند الحاجة وانتقاداً إذا لزم الأمر.

4 ـ عرض آراء الفقهاء في مختلف الحقول وتحليلها وبيان الرأي فيها.

5 ـ عرض تاريخي لمختلف المبادىء والمفاهيم القانونية وتطورها ونموها وتأثيرها في التشريع والاجتهاد.

6 ـ انعكاس الفقه والاجتهاد على النصوص التشريعية.

7 ـ وضع المواضيع والمبادىء والاجتهاد، بالإضافة إلى الأبواب والأقسام والفقرات، تبعاً لأرقام متسلسلة ابتداء من الرقم 1 فصاعداً، مما يسهّل الرجوع إليها عند الاقتضاء.

إننا، واملنا إرضاء القراء وإشباع رغبتهم في التعمق في القانون المدني، بضوع هذا الكتاب القيّم بتصرفهم، توخينا إغناء المكتبة القانونية العربية بهذا المطوّل في القانون المدني العميق التحليل والوفير العلم والرفيع المستوى.

توطئة

هذا المؤلف هو الثاني من مجموعة ثلاثة أقسام مكرسة للعقد وهي تكوين العقد الذي نشرت طبعته الأولى في عام 1993، ومفاعيل العقد وهذه هي الطبعة الثانية، وتلاشي العقد الذي سينشر في عام 1995، وسيعالج البطلان بشكل أساسي، بما في ذلك البطلان الجزئي ومن ضمنه استبعاد الشروط التعسفية التي يحتل مكاناً هاماً، وفسخ العقد، بما في ذلك التعليق الذي يمكن في حال عدم التنفيذ أن يسبق هذا التعليق أو يتجنبه، وأخيراً مسألة الاسترداد المشتركة بين البطلان والفسخ. والتوسع الذي عالج عدم تنفيذ العقد كان هكذا مستخرجاً من الطبعة الأولى لمفاعيل العقد لكي يندمج في الجزء يتناول الذي يتناول تلاشي العقد.

إن عرض القانون الوضعي، كما في الطبعة الأولى، هو نقطة الانطلاق. فالنصوص والاجتهادات مقدمة بما أمكن من التمام. وقد جهدنا في أن نذهب إلى أبعد من القانون الوضعي من أجل تغذية تفكير القارىء سواء أكان طالباً أو باحثاً أو ممارساً.

أما تقديم الكتاب فهو يحتفظ بالتفريق التقليدي بين الأحرف الصغيرة والكبيرة. والمقصود تسهيل رجوع مختلف المستعملين إلى المؤلف وليس ترجمة أهمية نسبية تتوقف دائماً على ما يسعى إليه القارىء. والحروف الطبيعية تتوافق تخطيطياً مع استخدام «شائع» للكتاب. فالأحرف الصغيرة تتجاوب مع منافع مختلفة وإنما أكثر هامشية، وهي تصلح أحياناً لعرض مفاهيم بدائية أو، على العكس، لمجالات فقهية معقدة، أو توسع تاريخي، أو متعلق بالقانون المقارن، أو كذلك لتطبيقات خاصة أو أمثلة. وبالنسبة إلى الطبعة الأولى أضيفت تحاليل عديدة لأحكام حديثة صادرة عن محكمة النقض عن طريق تفحص منهجي لنشرات الأحكام المدنية، في أحرف صغيرة تستخدم للاستعمال والتدقيق والتسويغ في شأن الحلول المقدمة.

ولم تقتصر هذه الطبعة الجديدة على مجرد التنقيح حتى اليوم الجاري. إنها استفادت من النقاش الفقهي الذي نما حديثاً في صدد التفريق بين الفرقاء وبين الأشخاص الثالثين.

وأجدد في هذا الشأن شكري للسيد Jean-Lnuc Aubert (في صدد تفريق مجدد بين الفرقاء والأشخاص الثالثين، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، الصفحات 263 إلى 278) بالنسبة إلى تحليله، الموضوعي والناقد في الوقت عينه، المتعلق بالتفريق الجديد بيّن الفرقاء والأشخاص الثالثين الذي اقترحناه في الطبعة الأولى من هذا الكتاب. وأشكر كذلك السيدة Guelfucci-Thibierge (لتوسيع مفهوم الفريق في العقد. . . إلى توسيع مدى مبدأ المفعول النسبي، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، الصفحات 275 إلى 285) على انتقاداتها واقتراحاتها الجديدة. فقد تمكنا، بفضل ملاحظاتها البنّاءة، من اقتراح معيار جديد للتفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين ومن تصنيف جديد (الرقم 335 وما يليه).

وتتوسع هذه الطبعة الثانية أيضاً في النتائج، ولا سيما في ما يتعلق بنظامه ووضعه المتبنى تجاه التفرغ الاتفاقي عن العقد (الرقم 695 وما يليه)، وهي تحدد بدقة الروابط التي توحد بين الدعاوى المباشرة ومجموعات العقود (الرقم 771 وما يليه).

إن السيد ChristoPhe Jamir الذي منعني تواضعه من إضافة مشاركته بصورة أكمل إلى الطبعة الأولى من هذا المؤلف تكرم بقبول احتلال المركز الذي يعود إليه في الطبعة الثانية. والتعاون بينه وبين السيد Marc Billiau وبيني كان وثيقاً بحيث يصعب تحديد القسم الذي يعود إلى كل واحد بالضبط فقد قررنا مثلاً أن التنقيح حتى اليوم الجاري لبعض الأقسام ينجزه أحد الذين لم يشاركوا في التحرير الأولي.

وسأكتفي بالتذكير بأنني حررت في الطبعة الأولى، انطلاقاً في أغلب الأحيان من هذه المحاضرات أو تلك المتعلقة بالدكتوراه، التوسع المتعلق بالتفريق والمبادىء العامة التي تسوس مفاعيل العقد بالنسبة إلى الغير، والغش البولصي، وصورية التصور والوعد بضمان موافقة الغير. وكتب Marc Billiau في الطبعة الأولى الفصلين المتعلقين بالتفسير، والوصف، ومدة العقد، ومبدأ الحجية، والعلنية القانونية والتعاقد لمصلحة الغير. كما أن السيد Christophe Jamin الذي سبق أن قبل في الطبعة الأولى تلخيص الضروري من أطروحته حول الدعوى المباشرة لتكوين فصل هام من هذا المؤلف، قام في الطبعة الثانية بإنجاز التنقيح حتى اليوم الجاري في ما خص مدة العقد، وكذلك الغش البولصي، والصورية، والتفسير، والوعد بضمان موافقة الغير. وقد لجأنا، كما في الطبعة الأولى، إلى قراءة إجمالية ناقدة من جديد، فقابلنا نتائجها، مما سرّع أيضاً تعاوننا.

يبقى عليّ، لدى إثارة الصعوبة المرتبطة بالطموح الذي قد يكون مفرطاً للمهمة، ان ألتمس حلم القراء، وأن أشكر الناشر الذي أتاح متابعة هذه المهمة.

جاك غستان

التصميم العام

هناك جدول تحليلي كالعادة في نهاية الكتاب. وهدف هذا التصميم إظهار البناء العام للمؤلف

مفاعيل العقد

الباب الأول

قوة العقد الإلزامية أو الملزمة

الباب II
مجال مفاعيل العقد

مفاعيل العقد

1 ـ مفاعيل العقد المختلفة.

بمقتضى المادة 1101 من القانون المدني: «العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص، أو عدة أشخاص، تجاه شخص، أو عدة أشخاص آخرين، بأن يعطي أو يفعل أو أن لا يفعل شيئاً ما». ويُستنتج من ذلك أن العقد هو «اتفاقية تنشىء الموجبات»[1].

غير أننا رأينا[2] أن الاتفاقية غير محدودة بأن تنشىء الموجبات أو تعدلها أو تسقطها، أي الحقوق في الدين أو الحقوق الشخصية[3]. إنها تتناول كذلك الحقوق العينية[4] بسبب الاندماج المكرس في المادتين 711 و 1138 من القانون المدني بين إنشاء الموجبات وإنشاء الحقوق العينية ونقلها الملازم لها. وهكذا يؤدي البيع إلى موجب تسليم الشيء المباع ونقل ملكيته في الوقت عينه إلى الشاري[5]. والاتفاقية بشكل أعم يمكن بالتأكيد أن تنشىء جميع الحقوق المتعلقة بالذمة المالية أو أن تعدّلها أو نقلها أو تسقطها، بما في ذلك الحقوق الفكرية كاحتكار الاستثمار الذي يملكه المؤلف أو الفنان أو المكتشف على إنتاجه[6]. ومسألة معرفة ما إذا كان يمكن أن يتناول العقد حقوقاً خارج الذمة المالية، وعلى وجه الخصوص حقوق الشخصية، هي غير يقينية بدرجة أكبر[7]. وهذه الحقوق غير قابلة للتفرغ من حيث المبدأ. بيد أن بإمكان حائزها أن يأذن

---

(1) انظر Marty et Raynaud، الموجبات، رقم 23.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 9.

(3) انظر المدخل العام، رقم 214، صفحة 174 وما يليها.

(4) انظر Weill et Terré، الموجبات، الطبعة الرابعة، رقم 23، صفحة 25. ـ H.L J. Mazeaud, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد الأول، الموجبات، النظرية العامة، الطبعة الثامنة تأليف Fr. Chabas، رقم 35، صفحة 34.

(5) انظر Gaudemet, Théorie générale des obligations، 1937 صفحة 21.

(6) انظر المدخل العام، رقم 215.

(7) انظر J. Mazeaud et Fr. Chabas، المرجع عينه، رقم 56، صفحة 51.

للغير باستنساخ صورته أو نشر مظاهر حياته الخاصة[1]، كما أن قوانين حديثة، في العلاقات العائلية، اعترفت بنوع من الفعالية القانونية لتوافق الإرادة الذي يتناول، جزئياً على الأقل، مسائل خارج الذمة المالية كحضانة الأولاد أو العناية بهم أو تربيتهم على سبيل المثال[2].

ويمكن كذلك أن يولد العقد شخصاً معنوياً (أو اعتبارياً). فالمادة 1832 من القانون المدني تعرف الشركة بالفعل بأنها «عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو عدة أشخاص على وضع أموالهم أو صناعتهم بشكل مشترك بينهم من أجل تقاسم الربح أو الاستفادة من الاقتصاد الذي يمكن أن ينتج عن ذلك»[3]. كما أن «القانون المدني يقدم الشركة كعقد»[4] يمكن أن ينشيء شخصاً قانونياً[5].

2 ـ موضع مفاعيل العقود في تعريف هذا المفهوم.

يعرّف العقد على وجه العموم كتوافق إرادتين (أو أكثر)، من أجل إنتاج مفاعيل قانونية، وما يشكل خاصيته داخل الأعمال القانونية هو أنه ينتج مفاعيل قانونية عن طريق اتفاق الإرادات. وهذه الخاصية ليست هدف القواعد التي تطرحها أو موضوعها، إنها تكمن في الإجراء الذي يوصل إلى طرح هذه القواعد.

وقد بيّنا، بصورة أدق، إن العقد هو اتفاق إرادات جرى التعبير عنها لغاية إنتاج مفاعيل قانونية يجعلها القانون الموضوعي منتجة مفاعيل كهذه[6].

كما رأينا أيضاً أن الاتفاقات التي لم تعقد من أجل إنتاج مفاعيل قانونية ليست

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 216، صفحة 178، حول تقلب النظام القانوني لحقوق الشخصية. أضف إلى ذلك: الأشخاص، رقم 284 وما يليه، وأيضاً J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image، أطروحة في Aix، 1977، ولا سيما الجزء I، صفحة 435 وما يليها، رقم 264 وما يليه ـ R. Nerson, Les droits extrapatrimoniaux، أطروحة في ليون، 1939، مقدمة P. Roubier، ولاسيما الصفحة 421 والصفحة 422، رقم 190. ـ A. Decocq, Essai d'une théorie générale des droits sur la personne، أطروحة في باريس، L.A.D.T.، 1960، مقدمة G. Levasseur.

(2) La famille: Fondation et vie de la famille، رقم 123 وما يليه.

(3) نص ناتج عن القانون 978 بتاريخ 4 كانون الثاني 1978.

(4) Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commercial، الطبعة الخامسة عشرة، تأليف M. Germain، 1993، الجزء I، رقم 6701، وهما يلاحظان مع ذلك أن «فكرة العقد لا تكفي لتحليل قانون الشركات بكامله».

(5) انظر E. Bertrand, De l'ordre économique à l'ordre collectif دراسات Ripert، 1950، الجزء I، صفحة 164: «هل أن قوة الحرية الشخصية إلى درجة أنها لا تنشيء الحق في التعاقد وحسب وإنما الكائن». أضف إلى ذلك: Fr. Terré, Sur la sociologie juridique du contrat، محفوظات فلسفة القانون، 1968، صفحة 81.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 8، وكذلك J. Ghestin, La notion de contrat, in Droits (12), Le contrat، 1990، صفحة 24.

عقوداً[1]. ولكي يكون العقد، في القانون الفرنسي، عقداً حقيقياً يجب أن يكون قد أُبرم في سبيل إنتاج مفاعيل قانونية[2]. والعديد من الاتفاقات تتموضع هكذا خارج مجال القانون ولا تتضمن بذلك إقراراً قانونياً[3].

ما يميّز بالتالي مفاعيل العقد هو أن لها قوة إلزامية، وبشكل أوسع إنها تفسح في المجال لإقرار قانوني. إلا أن هذه القوة الإلزامية لا يمكن فصلها عن إجراء إنشاء هذه المفاعيل الإلزامية للعقد، أي عن دور إرادة الفرقاء، مما يقود إلى التساؤل حول مفاعيل العقد تجاه الأشخاص الثالثين، وبتعبير آخر إلى تحديد مجال مفاعيل العقد.

3 ـ العادل والمفيد هما المبدآن اللذان يسوسان قوة العقد الإلزامية ومجال مفاعيله.

سوف نرى بالنسبة إلى القوة الإلزامية للعقد، انهما، من أجل تحديد محتوى العقد، يقومان بدور هام في تفسيره ووصفه.

فالتفسير الموضوعي للعقد هو في الواقع عن طريق الإسناد إلى معايير العدالة والمنفعة الاجتماعية[4]. يضاف إلى ذلك أن الفقه اقترح أن توسع محكمة النقض رقابتها المعيارية في التفسير الموحد للعقود النموذجية باسم العدالة المنظور إليها كضرورة تفرض نفسها على السلطات العامة وبالتالي على القاضي بمعاملة جميع الأشخاص الموجودين في الوضع عينه بالطريقة ذاتها[5].

إن المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية توحيان بحماية بعض الأشخاص على الرغم من وصف علاقاتهم العقدية[6] وبعض الأوصاف، إضافة إلى ذلك، مستنتجة من المنفعة الاقتصادية أو الاجتماعية للعقد[7]. وقبول فئة العقود غير المسمّاة يتناولها أخيراً تأثير النظام العام للحماية أو الإدارة[8].

ويقوم العادل والمفيد أيضاً بدور هام بالنسبة إلى مدة العقد. إن السعي إلى توازن بين العادل والمفيد يجب بالفعل أن يوحي بنظام مرتبط باختيار المدة، وتصنيف العقود تبعاً لمدتها، وأخيراً إعادة النظر لعدم التوقع. وهذا السعي يترجم بصورة خاصة بحماية فئة من الفرقاء، وحماية حرية الفرقاء، وإعادة النظر لعدم التوقع.

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 10.

(2) انظر A. Viandier, La complaisance، ومصنف الإجتهادات الدوري، 1980، I، 2987، رقم 16 وما يليه. وكذلك B. Oppetit, l'engagement d'honneur, 1979 Dalloz، الصفحة 107 من العرض.

(3) J. Carbonnier, Flexible droit، الطبعة الثالثة، 1976، صفحة 20 وما يليها، ولا سيما الصفحة 31 والصفحة 32.

(4) انظر الرقم 51 التالي.

(5) انظر الرقم 19 اللاحق وما يليه.

(6) انظر الرقم 66 اللاحق.

(7) انظر الرقم 78 اللاحق.

(8) انظر الرقم 100 اللاحق.

وسوف نرى بالنسبة إلى مجال مفاعيل العقد أن العدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية تقومان بدور هام، سواء في ما يتعلق بحجية العقد أو بمفعوله الإلزامي.

وسنرى، في أول الأمر[1]، أن الحجية هي أداة في خدمة القوة الإلزامية للعقد[2]. وبعد تأمين فعالية العقد الكاملة بين الفرقاء وإنما عدم تأمين إلا هذه الفعالية التامة ـ من غير المنازع فيه أن مبدأ الحجية يشكل أداة في خدمة منفعته الاجتماعية. وبالفعل، إذا لم تكن الحجية مقبولة في هذا المجال، فبإمكان الأشخاص الثالثين عدم الاعتراف بمفاعيلها مما يكون له مفعول مشؤوم. ويكون ذلك، من وجهة نظر ذاتية، زعزعة ثقة الفريقين في العملية القانونية التي يحققانها وبالتالي إنقاص الثقة التي يرتكز عليها الأساسي في الاقتصاد الحر المعاصر[3]، ويجعل إبرام العمليات التي لا نزاع في منفعتها الاجتماعية غير محتمل وسيكون ذلك، من وجهة نظر موضوعية، التقليل من الأمن القانوني الضروري للعقد لكي يحقق وظيفته في التبادل التي تضفي الشرعية على منفعته الاجتماعية[4]. أما بالنسبة إلى امتداد المفعول الإلزامي للعقد فسوف نرى أن المنفعة الاجتماعية للتأمين على الحياة هي التي أتاحت، على وجه الخصوص، انتشار التعاقد لمصلحة الغير[5]، وان ذلك مبدأ عدالة تبادلية يفسر، جزئياً على الأقل، ظهور الدعوى المباشرة[6].

سوف نلجأ إذاً في إطار هذه المبادىء الموجهة إلى أن ندرس على التوالي القوة الإلزامية للعقد التي تهم العلاقات بين الفرقاء بشكل أساسي، ثم مجال مفاعيل العقود مما سيتيح لنا تحديد مفاعيل العقد تجاه الأشخاص الثالثين بشكل دقيق.

---

(1) انظر الرقم 366 وما يليه.

(2) إذن لا تعبر الحجية إلاّ عن مظهر لقوة العقد الإلزامية؛ وربما لهذا السبب ظهر تعبير «الحجية» كلفظة جديدة. انظر F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة في باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 1.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 249.

(4) المرجع عينه، رقم 248.

(5) انظر الرقم 606 اللاحق وما يليه.

(6) انظر الرقم 770 اللاحق.

الباب الأول

قوة العقد الإلزامية أو الملزمة

4 ـ يجب من أجل تحديد قوة العقد الإلزامية بدقة أن نعرّف أولاً محتواه بالضبط، أي، في ما هو أساسي، الموجبات التي ينشئها أو يولدها. ويقتضي بعد ذلك تحديد قوة العقد الإلزامية في الزمن، أي مدة تنفيذ العقد. وهاتان النقطتان ستكونان موضوع بابين فرعيين متتابعين.

الباب الفرعي I

محتوى العقد

5 ـ من الضروري في أغلب الأحيان، من أجل تحديد محتوى العقد، أن نقوم بتفسيره وتحديد وصفه بدقة.

الفصل الأول

تفسير العقد[1]

6 ـ مقارنة تفسير القانون بتفسير العقد.

إذا اعتبرنا أن التفسير له موضوع أساسي هو تحديد معنى نص ما مبهم أو ملتبس لن يكون هناك سوى فرق بسيط بين تفسير القانون (بالمعنى المادي) والمعيار العقدي.

وهكذا يبدو الرجوع إلى نية المشترع، إسناداً إلى الأعمال التحضيرية، هو نهج مقبول ـ وفقاً لما يكون النص بحاجة إلى تفسير وحسب[2] ـ بالطريقة عينها كما أن القاعدة الأولى في المادة العقدية هي البحث عن نية الفرقاء المشتركة في حالة غموض المستند[3].

على أن المماثلة يجب أن تتوقف هنا[4]. فالفارق في الطبيعة بين المعيارين يمنع أي

---

(1) انظر Y. Paclot, Recherches sur l'interprétation juridique, أطروحة في باريس، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1988، ولا سيما الرقم 241 وما يليه، الصفحة 224 وما يليها ـ A. Rieg, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand: أطروحة في ستراسبورغ، L.G.D.J.، 1961، مقدمة R. Perrot، ولا سيما الرقم 365 وما يليه ـ G. Dereux, De l'interprétation des actes juridiques privés، أطروحة في باريس، 1905 ـ G. Marty, La distintion du fait et du droit، أطروحة في تولوز، 1929، ولاسيما للرقم 144 وما يليه ـ J. Lopez Santa Maria, Les systèmes d'interprétation des contrats، أطروحة في باريس، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968 ـ Marty, Rôle du juge dans l'interprétation des contrats, أعمال رابطة H. Capitant، الجزء V، 1949، صفحة 84 وما يليها ـ T. Ivainer, La lettre et l'esprit de la loi des parties, مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، I، 3023 ـ Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil، الجزء VI، الطبعة الثانية، L.G.D.J.، 1952، مقدمة P. Esmein، رقم 373 وما يليه، صفحة 480 وما يليها. انظر حول تفسير وثائق التأمين M. Picard et A Besson, Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. Besson، L.G.D.J.، 1982، رقم 57.

(2) «إذا كان الرجوع إلى الأعمال التحضيرية مسموح به من حيث المبدأ عندما يستدعي أحد النصوص تفسيراً، فعلى القاضي، على العكس تماماً، أن يمتنع عن ذلك عندما لا يكون النص الناتج عن صياغته غامضاً ولا ملتبساً، ويكون بالتالي اعتباره أكيداً»، محكمة النقض 22 تشرين الثاني 1932، Dalloz 1933 الاسبوعي، صفحة 2. إضافة إلى: النقض المدني، 20 تشرين الأول 1991 Dalloz الدوري 92 I.، 57، الملاحظة E.G.

(3) انظر الرقم 28 اللاحق.

(4) انظر أيضاً: Carbonnier, Droit civil، الجزء 4، الموجبات، Thémis, PUF، الطبعة 17، 1993، رقم =

مماثلة. فالقانون ـ وهو القاعدة العامة والمجردة ـ هو التعبير عن الإرادة العامة في حين أن العقد ليس سوى ترجمة عدة إرادات خاصة. قد سبق أن ذكرنا في المادة العقدية «إن العقود ليست خاضعة لقاعدة خارجية: إنها تخضع هي نفسها لمعيار أنشأته إرادياً»[1].

وهذا ما يفسر كون محكمة النقض لا تراقب، من حيث المبدأ، تفسير الأعمال القانونية ـ الذي يعود إلى السلطة السيدة لقضاة الأساس ـ وإنما تراقب تفسير القانون. كما أن أحد المؤلفين شدد على أنه «لا يكون هناك تشويه لتعابير نص قانوني، وإنما انتهاك للمعيار الذي يفرضه»[2].

ومدوّنة القانون المدني لا تحوي أي «دليل بدائي صغير»، حسب تعبير العميد Carbonnier[3] بالنسبة إلى تفسير القانون. وقد كان مشروع لجنة الحكومة المقدم في 24 ترميدور للعام VIII[4] يحوي كتاباً تمهيدياً يتضمن توجيهات في تفسير القوانين إجبارية إلى حدّ ما بالنسبة إلى القاضي. إلا أن هذه التوجيهات لم تُستعد في مدوّنة القانون المدني حتى أنها لم تكن موضوع نقاش أمام مجلس الدولة[5].

7 ـ الموضوع المزدوج لتفسير العقد.

لم يهتم Demolombe الذي كرس توسيعاً طويلاً لقواعد تفسير الاتفاقيات بتعريف مفهوم التفسير. وقد اكتفىٰ بالأخذ بأن «تفسير الاتفاقيات هو دائماً عمل تمييز وخبرة، وعقل سليم وحسن نية»[6].

وتفسير العقد، في عرف السيد Boré الأكثر واقعية، يرتكز على تحديد موجبات يضطلع بها الفريقان تبادلياً ومحتوى هذه الموجبات[7]. وهذا التعريف يمكن قبوله كما يمكن أيضاً إكماله.

= 142، صفحة 273، الذي يلاحظ بالمقارنة مع القانون والعقد «ان الأمر لا يتعلق إلاّ بتبديد الغموض وحل التناقض في تحرير العقد ـ مما يمكن بالنسبة إلى الباقي، أن يكون مظهراً لتفسير القوانين».

(1) G. Marty، المستشهد به سابقاً، صفحة 87.

(2) T. Ivainer, La lettre، الفقرة المستشهد بها، رقم 17. انظر بهذا المعنى: Boré, La cassation en matière civile، منشورات Sirey 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 2353. وهكذا يتعذر تشويه المذهب الإداري المبين في التصاميم أو التعليمات، انظر النقض التجاري، 30 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 114.

(3) الموجبات، الطبعة الاولى، الفقرة 146.

(4) Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil، 1828، الجزء II، صفحة 3.

(5) انظر Y. Paclot المستشهد به سابقاً، رقم 177، صفحة 160.

(6) Cours de Code napoléon, Traité des contrats ou des obligations en général، الجزء II، 1871، رقم 1، صفحة 3.

(7) La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 221، صفحة 413. انظر، في ما خص تعريفاً قريبا G. Marty et P. Raynaud الموجبات الطبْعة الثانية، Sirey، 1988، رقم 240: «إن تفسير عقد ما أو وجوده أو فحواه يعني. في إطار هذا المحتوى، تحديد معناه ومداه والموجبات التي ينشئها بدقة». انظر كذلك، بصورة إرادوية أكثر، Ph. Simler مصنف الاجتهادات المدنية، البنود 1164 =

وفي الواقع أصر «بحث حديث حول التفسير القانوني»[1] على الطابع المتساوي الحدين للمسعى التفسيري. فالتفسير أولاً عملية معدّة لإيجاد معنى موجود سابقاً من جديد غير أن صيغته ـ أي كشفه إلى العالم الخارجي ـ مشوبة بالعيب، إما لأنه مبهم أو ملتبس وإما لأنه عبثي. ثم أن وظيفة التفسير الإعداد لحل قانوني مناسب مع الأخذ في الحسبان الحاجات والمصالح الواجب إرضاؤها، ذلك بأن الفكرة المعبّر عنها تحوي أما شوائب (التفسير هو تصحيحي) أو ثغرات (التفسير بنّاء)[2].

وهذه الطريقة في إدراك مفهوم «التفسير» لا يتقاسمها المؤلفون جميعاً. فبالنسبة إلى السيد Simler[3] لا يفسح غياب النية المعبّر عنها شكلاً أو ضمناً في المجال لإعطاء تفسير. وسد ثغرات العقد يعود إلى منهجية أخرى. فالمكان المنسوب إلى المادة 1156 وما يليها من القانون المدني وكذلك إلى المادة 1135 هو الكاشف. إن هذا التحليل يفترض أن الاقتراح التالي المستوحى بقوة من سلطان الإرادة هو صحيح: يفترض التفسير إبداء الإرادة. والحال أن الأمر ليس سوى مسلمة غير مبرهن عليها في الحقيقة[4]. ومع ذلك يأخذ الكاتب نفسه «بأنه من الصعب عملياً، حتى من المستحيل، فصل ما يعود إلى تفسير الإرادات عما يلجأ إلى اعتبارات موضوعية بشكل واضح»، وأن هناك قرابة أكيدة بين المادتين 1160 و 1135 من القانون المدني.

8 ـ البحث عن نية الفريقين المشتركة.

كان النهج الوحيد للتفسير القابل للفهم، تاريخياً وبتأثير مذهب سلطان الإرادة، ذا طبيعة إرادية أو ذاتية. وكان يرتكز على البحث عن إرادة الفريقين المشتركة[5]. أفلا تأمر المادة 1156 من القانون المدني بالبحث عن إرادة الفريقين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للتعبير؟ كان على القاضي، أمام لبس تعابير العقد، أن يكتفي بالرجوع إلى نية الفريقين في يوم تكوين العقد لتحديد المحتوى الإلزامي. وكان من الواجب في حالة سكوت العقد البحث عما يمكن أن يكون الفريقان قد اشترطاه على الأرجح، وجرى الكلام على البحث عن «إرادة وهمية»[6].

= إلى 1984، أو مصنف الاجتهادات، الفهرس، V الموجبات والعقود (بصورة عامة)، الكراسات 29 إلى 36، 1984، رقم 6: «تفسير عقد ما هو، بصورة أدق، البحث عن معناه الصحيح الذي توخى الفريقان إعطاءه للأحكام العقدية التي قرراها». انظر أيضاً، بأكثر موضوعية A. Seriaux, Droit des obligations، منشورات PUF، 1982، رقم 43: «التفسير هو (بالتالي) العملية القانونية المرتكزة على تحديد ما هي حقوق الفريقين وواجباتهما بالضبط في العقد».

(1) Y. Paclot، الأطروحة المذكورة سابقاً.

(2) Y. Paclot، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 417 وما يليه.

(3) المذكور سابقاً، رقم 10 وما يليه.

(4) انظر الرقم 39 اللاحق.

(5) Marty et Raynaud، المرجع عينه، رقم 241.

(6) J. Lopez Santa Maria، صفحة 11. يبدو أن أبوّة التعبير يجب أن تنسب إلى Gounot و Dereux.

وقد أدى الاستخدام المنهجي لهذه الطريقة، منذ بداية هذا القرن، إلى انتقادات مبنية على مجرد مراعاة الوقائع.

ونجد التعبير عن ذلك في أطروحة كتبت في عام 1905[1] مكرسة لتفسير الأعمال القانونية. وفي مدخل كُتب في شكل حوار خاصم المؤلف فيه فقيهاً عرض عليه موضوعه فأجابه هذا الأخير أنه كان يقتضي إما تكريس جزأين للمادة أو كتابة ثلاثة أسطر مفهومة على هذا النحو: «يجب على مفسر عمل قانوني خاص أن يبحث بأكثر عناية ممكنة عن النية الحقيقية لواضعي هذا العقد أو واضعيه والأخذ بها». وعندما تكون قد كتبت ذلك يكون بإمكانك وضع قلمك. ذلك بأن هذه الجملة تسرد بوضوح مبادىء المادة أو بالأصح مبدأها. وكل ما تضيفه إلى ذلك لن يكون سوى فيض في الكلام، وجمل لا طائل تحتها وبالتالي مضرة»[2]. إن الحائز وإن كان لا يحترم الآداب العامة غالباً ما يكون قد قيل أن دور المفسّر هو الاكتفاء بالبحث عن إرادة وإنما كان يعارض قائلاً إن: «المفسر غالباً ما لا يتمكن على الإطلاق من معرفة إرادة أو اشتراك إرادات كفيلة بأن تملي عليه قراره، ذلك بأنه يتعذر معرفة ما كان قد حصل. والحال أن صدره يضيق كثيراً من أن الأفراد يتوقعون دائماً حتى ذهنياً جميع الصعوبات التي يمكن أن تولدها أعمالهم القانونية؛ فهل من غير المتوقع أن يتخذ المفسر قراره حسب نية الفريقين؟ الجواب بالنفي طبعاً، أليس كذلك؟ أو ليس السعي إلى معرفة فكر أحد حول ما لم يفكر فيه إطلاقاً هو عبثي؟ وهل بالإمكان جعل التفكير السليم أو مدوّنة القوانين أو استعمال اللغة يفرض احترام إرادة غائبة وإيجاد ما يثقل ذهن القاضي في العبثية»[3]؟. ما لا طائل تحته التشديد على ملاءمة هذا النوع من التفكير الذي، مع ذلك، لم يقنع من يخاطب الحائز.

لقد كتب Gounot، في الذهنية عينها وفي أطروحته التي غدت شهيرة حول مبدأ سلطان الإرادة، في عام 1912: «من النادر في الحقيقة، عندما يتوقع الفريقان صعوبة حقيقية، أن لا يعبّرا عنها بدقة، وكما لاحظ Ehrlich بصواب لا يأتي عدم اليقين والغموض من أن الإرادة لا يُعبَّر عنها تماماً حول نقطة معينة وإنما من كونها لم تكن موجودة حول هذه النقطة»[4].

وقد بيّن مجمل الفقه المعاصر أن تفسير العقد لا يمكن إرجاعه إلى البحث عن إرادة الفريقين المشتركة غير الموجودة دائماً[5]. فعلى المفسر بالتالي، وبالتأكيد، أن يبحث عن

---

(1) Dereux، الأطروحة الآنفة الذكر.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 1 وصفحة 2.

(3) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 5. انظر بالنسبة إلى ملاحظات مشابهة، Lopez Santa Maria، الأطروحة المشار إليها سابقاً، صفحة 105 وما يليها.

(4) Le principe de l'autonomie de la volonté. أطروحة في ديجون، 1912، صفحة 207.

(5) انظر L. Boyer، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V العقود والموجبات، 1993، رقم 253 ـ Fr. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette، الموجبات، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 423 ـ Planiol et Ripert، تأليف Esmein، المرجع عينه، رقم 394 ـ Lopez Santa Maria، =

الإرادة المشتركة، ذلك بأن العقد يبقى عمل المتعاقدين؛ بيد أن عليه كذلك الإسناد إلى معايير أخرى كحسن النية والعادات عندما لا تكون الإرادة المشتركة سوى وهم.

ولا شك في أن محكمة النقض غالباً ما تمتنع عن الارتباط بهذه الإرادة الأخيرة للمتعاقدين[1]، مع أن تطور الاجتهاد يتجه نحو التخلي الجزئي عن هذا الإسناد لتسويغ بعض الحلول[2]. غير أنه من المتفق عليه أن هناك نهجين للتفسير موجودين معاً. هناك من جهة أولى تفسير ذاتي (إرادي بحت) ومن جهة ثانية تفسير موضوعي (خارجي عن الإرادة).

9 ـ يكمل التفسير الموضوعي للعقد البحث عن إرادة الفريقين المشتركة.

إن الاعتراف بنهج تفسير موضوعي للعقد يترجم بالتأكيد تقهقر الإرادوية. وهذا الاعتراف، على صعيد النظرية العامة للعقد، يجعل، جزئية بالتأكيد، الفكرة التي بموجبها تكون القوة الإلزامية للعقد المبنية على القانون الموضوعي محسوسة[3]. والرجوع إلى النهج الموضوعي كان من الممكن تسويغه بالإسناد إلى المنفعة الاجتماعية للعقد أو إلى ما تقضي به العدالة: «يمكن، عندما يكون من الضروري تحديد المفاعيل القانونية للعقد، عدم البحث عن إرادات الفرقاء وإنما التساؤل عما هو أكثر فائدة اجتماعياً أو ما تبينه العدالة أنه من الواجب أن يكون نتائج العقد»[4].

10 ـ يناظر التفسيران الذاتي والموضوعي وظيفتي تفسير العقد.

يجب تقريب ما جرى قوله حول تسويغ التفسير الموضوعي من الطابع المتساوي الحدين للتفسير. ويرد في الذهن عند ذلك اقتراح ما. ألا يناظر النهج الذاتي الغاية الأولى للتفسير ـ إيجاد معنى سبق وجوده وإنما صياغته مشوبة بالعيب، أما لأنها غامضة أو ملتبسة وأما لكونها عبثية ـ في حين أن النهج الموضوعي يناظر غاية أخرى ـ تهيئة حل قانوني مناسب مع الأخذ في الحسبان الحاجات والمصالح الواجب أرضاؤها[5]؟.

= الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 116 ـ إضافة إلى Marty et Raynaud، المرجع عينه، رقم 242 ـ Ch Larroumet الموجبات: العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 141 ..T. Ivaiher, La lettre، الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 53 ـ انظر مع ذلك H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. Chabas، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 339 وما يليه. بقي هؤلاء المؤلفون مرتبطين بالنظرية التقليدية.

(1) انظر على سبيل المثال التعاقد لمصلحة الغير الضمنية، الرقم 617 اللاحق.

(2) انظر الرقم 44 وما يليه اللاحق.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 224.

(4) Lopez Santa Maria، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 2. ويضيف المؤلف: «إذا لم تكن الإرادة روح العقد فلا يمكن أن تكون مقياس تفسيره».

(5) انظر ملاحظات J. Dupichot في: - Pour un retour aux textes: défence et illustration du «petit guide âne» des articles 1156 à 1164 du Code civil, Mélanges J. Flour و1979، صفحة 179 وما يليها. يتساءل المؤلف هكذا: «من المسموح به للقاضي إذاً، في حالة الشك، اللجوء إلى عناصر خارجية لكي يحدد إرادة =

إن هذا الطرح يتيح فهم موقف الاجتهاد وعلى وجه الخصوص محكمة النقض التي تعترف من حيث المبدأ لقضاة الأساس بسلطة سيدة في التفسير وإنما تستأثر هي بصورة خاصة بحق فرض بعض الموجبات على المتعاقدين لم يرتقبها هؤلاء بالتأكيد.

ومن المناسب، فكرياً، الانطلاق من هذه المقدمات ـ التي سوف تتم تنقية ما يحيط بها تدريجاً مع الشروحات ـ وبالتالي تفريق التفسير الذاتي، ككشف عن محتوى العقد عن التفسير الموضوعي كتحديد لمحتوى العقد.

= «سويّة» (دور العادة) بدلاً من إرادة حقيقية ملتبسة جداً. بيد أن القاضي ألا يكون (وهنا تساوي حدي كل تفسير)، لغياب إرادة حقيقية وقابلة للكشف عنها (النهج الذاتي) قد افترض (تحت غطاء التفسير) إرادة سوية (ظاهرة اجتماعية «اللاكتفاء باتجاه المتوسط») حتى إرادة أخلاقية ومتوافقة مع توق الجسم الاجتماعي (ظاهرة إنتظام عام مخفف ومصدره اجتهادي)؟» (رقم 6، صفحة 185 في نهايتها وصفحة 186 في أولها). إن المؤلف يبني مقالته حول هذه الفكرة بتفحص المواد 1156 إلى 1164 من القانون المدني وتفسير الأعمال القانونية، ثم المواد 1156 إلى 1164 من القانون وإصلاح الأعمال القانونية. انظر أيضاً Y. Paclot الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 281 وما يليه، صفحة 265 وما يليها.

القسم I

التفسير الذاتي أو الإعلاني للعقد

11 ـ بعد تفحص العمل بالتفسير الذاتي يجدر التساؤل حول وجود توجيهات للتفسير.

الفقرة 1 ـ العمل بالتفسير الذاتي

12 ـ أجرت محكمة النقض تقسيم اختصاص بينها وبين قضاة الأساس. فقد تخلت لسلطتهم السيدة عن تفسير العقد بحصر المعنى، وإنما تراقب شروط ممارسة سلطة التفسير التي تعترف بها لقضاة الأساس.

I ـ محكمة النقض لا تراقب تفسير العقد

13 ـ تعترف محكمة النقض لقضاة الأساس بسلطة سيدة في تفسير عقد غامض أو ملتبس.

تخلت محكمة النقض، منذ قرار شهير للغرف المجتمعة في 2 شباط 1808[1] لسلطة قضاة الأساس السيدة عن التفسير (الذاتي) للعقد. فاعترفت إذاً بأنها غير مختصة بالنظر في معنى العقد عندما يكون غامضاً وملتبساً: بكلمة واحدة عندما يستدعي التفسير[2].

وهذا الحل لم يفرض نفسه من ذاته. كانت محكمة النقض في السنوات الأولى

---

(1) Sirey 1808, I، 183، الاجتهاد العام، V، الشركة، رقم 1093، طلبات Merlin.

(2) على سبيل الأمثلة تي العديد من الأحكام: نقض أثر عريضة في 2 أيار، 1906، Dalloz الدوري 1906، I 248 ـ نقض أثر عريضة في 15 نيسان 1926، Sirey 1926, I، 151 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آب 1894، Sirey 96، I، 357 (تفسير سيد لعقد إيجار سفينة) ـ نقض مدني في 23 حزيران 1952، Sirey، 1953, I، 86 (تفسير سيد لعقد تأمين) ـ نقض تجاري، 17 تشرين الأول 1978، Dalloz، 1979، التقرير، صفحة 58 (تفسير عقد نشر) ـ الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 شباط 1990، النشرة المدنية، II، رقم 22، صفحة 14 (تفسير سيد لبند تحكيمي).

لإنشائها تعترف لنفسها بسلطة تفسير العقد وبالتالي رقابة التفسير المعطى لقضاة الأساس[1]. إن قيام المادة 1134 من القانون المدني بمماثلة العقد بالقانون والتفريق بين القانون والواقع الذي كان أقل محسوسية في القانون القديم جرى تقديمهما كتسويغ لهذه النزعة التي تم التخلي عنها بسرعة[2]. غير أن التحول كان ممكن التفسير، جزئياً على الأقل، لأسباب ظرفية محض[3]. فقد أنشأ قانون 16 أيلول 1807 الرجوع إلى التفسير الحكومي للقانون في حالة الخلاف بين قرار الأقسام المجتمعة في محكمة النقض ومحكمة الإحالة[4]. والحال أنه لم يكن من المتصور أن تتمكن الحكومة من النظر في تفسير العقد. إن وضعا كهذا، بالاعتراف بسلطة تفسير سيدة لقضاء أدنى، لم يكن من الممكن أن يكون وارداً.

إن المبدأ مسوغ في القانون البحت، غير أنه، كأي مبدأ، قابل لاحتمال استثناءات.

أ ـ التسويغ.

14 ـ هناك تسويغان:

1 ـ ليس العقد الذي يصنع قانون الفريقين معياراً قابلاً للتطبيق المتكرر.

فقد رفضت محكمة النقض رقابة تفسير العقد لأنه، حتى ولو صنع قانون الفريقين، استناداً إلى نص المادة 1134 من القانون المدني، لا يمثل أي طابع عمومية. وقد شدد Demogue على أن المادة 1134 من القانون المدني، بمماثلة العقد بالقانون، كانت تعني فقط أن العقد إلزامي[5]، بالإضافة إلى أنه ليس كذلك من حيث المبدأ إلاّ تجاه الفريقين المتعاقدين. وقد جرى الإصرار على واقع أن القاضي يجب عليه البحث عن التفسير في إرادة الفريقين وليس في القانون[6].

2 ـ منع محكمة النقض النظر في أساس القضايا.

تنص المادة 2 ـ L. 111 من مدوّنة التنظيم القضائي التي استعادت ـ الأسلوب على الأقل ـ نص الفقرة 3 من المادة 3 من قانون 27 تشرين الثاني ـ كانون الأول 1790، على

---

(1) نقض مدني، 4 برومير، العام VII، العرض 8 ـ 19 بريريال، العام VII، الاجتهاد العام، °v النقض، رقم 1569 ـ 22 ميسيدور العام IV، الاجتهاد العام، V6 البلدية رقم 2044 ـ °1 اول ڤانتوز، العام X، الاجتهاد العام، °V، النقض، 1563 ـ 30 بريريال، العام XIII، الاجتهاد العام °V النقض، رقم 9569 ـ °5 انظر Y. Paclot، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 262، صفحة 246، الذي يعارض أن تمارس محكمة النقض في هذه الأحكام سلطة سيدة.

(2) J. Boré, Un centenaire: Le contrôle par la cour de cassation de la dénaturation des actes، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، رقم 3، صفة 252.

(3) G. Marty، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 299.

(4) انظر المدخل العام، رقم 408.

(5) Traité des obligations en général، الجزء VI، مفاعيل الموجبات، Rousseau، 1932، رقم 31، صفحة 44.

(6) J. Boré, La cassation، المذكور آنفاً، رقم 1208 و ما يليه، صفحة 410 وصفحة 411، أحرف منحنية في النص ـ وللمؤلف عينه: Un centenaire الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 253.

أن «لا تنظر محكمة النقض في أساس القضايا ما عدا وجود نص تشريعي معاكس». فمحكمة النقض إذاً غير ذات صلاحية للأمر بتدابير أو تقدير وثاقة الإثباتات التي يتذرع بها المتقاضون بالموضوع[1]. من المستحيل إذاً البحث عما كانت عليه إرادة الفريقين المشتركة. وبالتالي فإن العمل بالتفسير الذاتي يمتجى بطبيعته من صلاحية المحكمة العليا. إلا أن لهذا المبدإ استثناءات.

ب ـ الاستثناءات

15 ـ تراقب محكمة النقض مباشرة تفسير بعض العقود؛ وهذه العقود المراقبة عددها محدود. غير أن معظم الاستثناءات على المبدإ، كما سنرى، ظاهري أكثر مما هو واقعي. وقد جرى التساؤل عما إذا لم يكن في المناسب أن تعترف محكمة النقض لنفسها بسلطة تفسير العقود النماذج.

1) الاستثناءات محدودة العدد

16 ـ تفسير محكمة النقض المباشر للعقود يسوّغ باعتبارات ضريبية.

أعطت محكمة النقض منذ بداية القرن التاسع عشر نفسها الحق في أن تراقب مباشرة تفسير الاتفاقيات من وجهة نظر تطبيق القوانين حول التسجيل[2]. وقد حكمت، في صيغة واضحة تماماً، في 29 تموز 1890[3]، «بأن محكمة النقض، في تطبيق القوانين المتعلقة بالتسجيل، لها، في ما عنى المعنى الحقيقي للاتفاقيات، الحق في الرقابة التي لا يمكن أن يشلها تفسير المحاكم المدنية». واستخدمت محكمة النقض هذه السلطة في مناسبات عديدة[4].

ومع أن ذلك كان موضع نقاش[5] فإن هذا الحل ما يزال اليوم مسوّغاً بطابع الانتظام

---

(1) J. Boré, La cassation، المذكور آنفاً، رقم 1327 وما يليه.

(2) نقض مدني في 19 أيار 1868، يوميات الكتابة العدل، نيسان 1868، البند 19271، صفحة 440؛ Dalloz الدوري 68، I، صفحة 303.

(3) يوميات الكتابة العدل، نيسان 1891، البند 24586، صفحة 33؛ Dalloz الدوري 91، 1 صفحة 54.

(4) نقض مدني في 25 تشرين الأول 1927، Dalloz الدوري 1929، 1، 31، ملاحظة L. Trotabas ـ نقض تجاري في 5 تموز 1949، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II N، 5366 ـ 8 تموز 1954، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 193 ـ 2 كانون الثاني 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 6 صفحة 4.

(5) انظر L. Trotabas، الملاحظة المذكورة سابقاً، Dalloz الدوري 1929، 1، صفحة 32 ـ إن التفسير الذي يقترحه هذا المؤلف كان ماهراً، وقد ارتكز على التفريق بين قضاء الدعاوى ذات الطابع الذاتي وقضاء الدعاوى ذات الطابع الموضوعي. فالقاضي يقدر في النوع الأول حقاً في دين وفي الثاني عليه حل مسألة شرعية خارجية (بالمقارنة مع القضاء الإداري المتعلق بالشرعية). إن للقاضي سلطات مختلفة حسب طبيعة الخصومة؛ وطبيعة رقابة محكمة النقض تتوقف إذاً على ارتباط النزاع بهذا القضاء أو ذاك. وارتباط النزاع الضريبي بالقضاء الموضوعي يفسر هكذا أن محكمة النقض تتصرف بالطريقة عينها التي يتصرف بها مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان) عندما تكون قاضي الشرعية الإدارية الموضوعية، عن طريق تجاوز حد السلطة، وبالتالي تملك سلطات أكثر امتداداً.

العام للأحكام الضريبية والمساواة بين المواطنين تجاه الضريبة[1].

من الصحيح، في شأن المادة الضريبية، أن القواعد التقليدية لتوزيع الصلاحيات بين القضاءين العدلي والإداري قد انقلبت. وهكذا أعطت محكمة النقض نفسها الصلاحية في أن تقدر، عن طريق الاستثناء، شرعية القواعد في مادة الضرائب والرسوم غير المباشرة. فقد قدرت، على سبيل المثال، الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 25 نيسان 1989[2]، شرعية مرسوم 30 آذار 1983 الصادر تطبيقاً لقانون 19 كانون الثاني 1983. فأعلنت، في حيثية واضحة جداً: «إن تحديد الأشخاص الخاضعين لضريبة يعود للقواعد المتعلقة بمطرح فرض الضريبة، وأن المشترع وحده صاحب الاختصاص في تحديد قواعد كهذه. . وان المحكمة رأت عن صواب أن المحاكم العدلية، في شأن تكليف غير مباشر، صاحبة صلاحية في تقدير صحة العقود المتعلقة بها والتثبت من شرعية النصوص التي بمقتضاها ترى الإدارة نفسها مخولة ممارسة الملاحقات. .»[3].

17 ـ تفسير محكمة النقض المباشر بعض العقود التي أقرتها السلطات العامة.

نعرف أن المحتوى الإلزامي للعديد من العقود ـ عقد العمل، عقد التأمين، عقد الإيجار، عقد الائتمان ـ تحدده السلطة المعيارية. ولم تعد إرداة المتعاقدين هي التي تحدد حقوقهم وموجباتهم وإنما المعيار الموضوعي. وهذه الملاحظة، على صعيد التفسير، أساسية.

وبالفعل إذا أدركنا بسهولة أن محكمة النقض ليس بإمكانها البحث عن إرادة الفرقاء الحقيقية، ندرك بالسهولة عينها أن في وسعها تحديد معنى معيار عقدي موضوعي وآمر في مناسبة تطبيق خاص في قضية معينة. وفي الميزان الصحيح ليس المقصود سوى تفسير القانون[4].

هناك، إلى جانب العقود المنظمة بعض العقود ـ المنظمة بالضرورة ـ التي هي موضوع تصديق إداري[5]، بحيث أنه يمكن القول إن المقصود أنظمة حقيقية[6]. ويطال ذلك توزيع الصلاحيات (أو الاختصاصات) بين قضاة الأساس وقاضي النقض بالضرورة.

وقد قبلت محكمة النقض، في القرن التاسع عشر، رقابة تفسير تعرفات سكك الحديد

---

(1) H. Boré, Un centenaire المقالة المذكورة سابقاً، رقم 114، صفحة 302 ـ Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 166 ـ L. Trotabas (المرجع عينه والاستشهاد ذاته) الذي يرى أن القاضي كانت مهمته «الدفاع عن المكلف ضد إدارة الضرائب».

(2) نقض تجاري في 25 نيسان 1989 النشرة المدنية IV، رقم 134، صفحة 89.

(3) بالمعنى عينه، نقض تجاري 22 أيار 1985، النشرة المدنية IV، رقم 168، صفحة 142.

(4) انظر بهذا المعنى، G. Marty، المقالة السالفة الذكر صفحة 85.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 88.

(6) J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1284.

بحجة أنها مصادق عليها وآمرة. فصدر في 8 كانون الأول 1891[1] حكم ورد فيه: «من حيث أن التعرفات الخاصة يجب أن تطبق حرفياً ولا يمكن أن تمتد إلى خارج الحالات المنصوص عليها فيها ومن حيث أن تعرفات شركات سكك الحديد، إضافة إلى ذلك، وهي مصادق عليها ومنشورة، ولها قوة القانون بالنسبة إلى شروط النقل، تفرض على الفرقاء على الرغم من أي اتفاقية مخالفة».

وهذا هو وضع العقود النماذج والإيجارات الريفية المصادق عليها، وقد حكمت محكمة حل الخلافات في 5 تموز 1951[2] بأن الأمر يتعلق «بأنظمة إدارية». فالسلطة القضائية إذاً مختصة استناداً إلى اجتهاد Septfonds[3]، في تفسيرها.

إن حالة العقود النماذج وعقود الإيجار الريفي لم تعد موضع فضول قانوني. وبالفعل يجب أن يكون بعض عقود تأمين الجماعة التي يكون موضوعها إكمال النظام القانوني للضمان الاجتماعي[4] متوافقاً مع اتفاقية عامة يصادق عليها بقرار[5]. والطابع النظامي لعقود تأمين الجماعة هو بالتالي موضع اتهام. ولهذا السبب ولا ريب احتفظت محكمة النقض لنفسها بالسلطة في أن تفسير مباشرة اشتراطات عقد تأمين الجماعة المبرم من قبل نقابة الوكلاء العامين للتأمين في حكم 11 كانون الثاني 1989[6].

كان الأمر متعلقاً بنزاع حول تطبيق البند 12 من عقد تأمين جماعة أبرمته نقابة الوكلاء العامين للتأمين معدّ لضمان المنضمين بالنسبة إلى المخاطر المتعلقة بالمرض أو العجز أو الوفيات. ولحل هذا النزاع قامت محكة النقض بتفسير البند المنازع بصورة مباشرة. فحكمت، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، «بأنه ينتج عن البند 12 من عقد تأمين الجماعة أن المؤمّن عليه أن يدفع مسبقاً رأس المال المتعلق بالوفاة في أربع دفعات نصف سنوية بقيم متساوية، الدفعة الأولى في مهلة سنة اعتباراً من تلقي إثبات العجز المطلق والنهائي»، ومن أجل تحديد نقطة انطلاق الفوائد بالمعدل القانوني المتوجبة للمنضم الذي طالب بفائدة التأمين، أخذت محكمة الاستئناف بأن إثبات العجز المطلق والنهائي لم يتم إلاّ في نيسان 1986 عن طريق تقرير خبرة قضائية. وعليه رأت محكمة الاستئناف أن دفع رأس

---

(1) Dalloz الدوري 92، 1، 304. وفي الاتجاه عينه، النقض المدني في 10 شباط 1896، والنقض المدني في 13 كانون الثاني 1897، Dalloz الدوري 1987 (يجب أن تطبق التعرفات حرفياً بدون أن يكون من المسموح به امتدادها أو تقليصها عن طريق المماثلة).

(2) Dalloz 1952، صفحة 271، ملاحظة، Blaovoêt، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6623.

(3) محكمة حل الخلافات، 16 حزيران 1923، Sirey 1923، 3، 49، ملاحظة Hapriou؛ Dalloz، 3، 41، 1924، طلبات Matter.

(4) انظر M. Picard et A. Besson, Les assurances terrestres الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، L.G.D.J، 1982، تأليف A. Besson، رقم 546.

(5) المادة 4 من المرسوم رقم 68 ـ 252، تاريخ 8 آذار 1968.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 7، صفحة 5.

المال لم يكن متوجباً إلاّ اعتباراً من أول نيسان 1987 وأن الفوائد لم تبدأ في السريان إلاّ اعتباراً من هذا التاريخ.

وقد نقضت محكمة النقض هذا التعليل بسبب التسويغ التالي: «ينتج عن البند 12 الآنف الذكر أن مهلة سنة ما تبدأ بالسريان في اليوم الذي وصل فيه إلى علم المؤمَّن عن طريق المستندات الطبية التي أرسلها إليه المؤمَّن العجز المطلق والنهائي الموجود فيه هذا المؤمَّن؛ وبالتالي لا يمكن التأخير، في حال تثبت المؤمَّن في التصريح المقدم له، حتى نتيجة الخبرة المأمور بها».

تبيّن قراءة أسباب التسويغ هذه أن محكمة النقض فسرت مباشرة البند 12 المقصود طالما أن مفهوم «تلقّي إثبات العجز» أصبح «العلم عن طريق المستندات الطبية.. بالعجز المطلق والنهائي للمؤمَّن».

لقد أرادت محكمة النقض بشكل جلي أن تفرض تفسيراً لمصلحة المؤمَّن، وربما كان ذلك مسوّغاً أيضاً بكون عقد تأمين الجماعة يتعلق بعدد هام من المؤمَّنين، مما يطرح، من جهة أخرى، مشكلة أعم من تفسير العقود النماذج[1].

ويقتضي الأخذ بمبدإ حل مشابه في ما يختص بتفسير الإيجابات السابقة للقرض الوارد في المادة 5 من قانون 10 كانون الثاني 1978. وهذه الإيجابات السابقة يجب في الواقع أن تحوي بيانات مطابقة للبيانات الواردة في أنواع الطراز النموذجي الملحقة بالمرسوم رقم 79 ـ 509، تاريخ 24 آذار 1978. ويجب أن يكون الأمر على هذا النحو أيضاً في شأن العقود النماذج المتعلقة بالاندماج في مجال تربية المواشي[2].

إن محكمة النقض تراقب تفسير نظام الوكلاء العامين للتأمين لأنه مصادق عليه بمرسوم 5 آذار 1949[3].

ومحكمة النقض، بقبولها رقابة تفسير المحتوى الإلزامي للعقود التي تصادق عليها السلطة الإدارية، لا تخرج عن دورها المؤسسي؛ إنها على العكس تقوم به بدقة. فالاستثناء لقاعدة سيادة قضاة الأساس هو إذاً ظاهري أكثر منه حقيقي. إنه أكثر ميلاً إلى الوهمي بقدر ما تكون الطريقة المستخدمة موضوعية وغير ذاتية: ليس هناك أي إسناد إلى إرادة الفريقين. ويمكن القول، بالمقارنة بتفسير القانون (بالمعنى المادي)، إن العقد، ما أن يكون مصادقاً عليه، حتى يغدو بمنجى من سيطرة واضعيه.

---

(1) انظر الرقم 19 السابق وما يليه.

(2) انظر المرسوم رقم 88 ـ 201، تاريخ أول آذار 1988 المتعلق بالعقود النماذج للاندماج في مجال تربية المواشي، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، III، 61309.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 182، صفحة 129 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 131، صفحة 87.

إن مصادقة السلطة المعيارية تسوّغ إذاً ممارسة محكمة النقض سلطة التفسير. غير ان مجرد قيام المشترع بالنص على تنظيم بعض العلاقات الإنسانية عن طريق اتفاقية هو في ذاته غير كافٍ لكي تقبل محكمة النقض ممارسة سلطة التفسير مباشرة. فقانون 10 تموز 1965 ينص، مثلاً، في مادته الثامنة، على أن «نظاماً اتفاقياً للملكية المشتركة». . «يحدد مقصد الفرقاء سواء كان ذلك من النوع الحارم أو المشترك، وكذلك شروط تتمتعهم. .». وكانت الطبيعة القانونية لنظام الملكية المشتركة موضع جدال، إلا أن محكمة النقض تأخذ بالوصف القانوني وتعترف، بنتيجة ذلك، لقضاة الأساس بسلطة سيدة في التفسير[1].

18 ـ تفسير محكمة النقض المباشر للاتفاقيات الجماعية:

يعود تفسير الاتفاقيات الجماعية بالتنافس إلى اللجان المتساوية التمثيل للتفسير (التي يجب إلزامياً أن تُنشأ في الاتفاقيات الجماعية للفروع والاتفاقات المهنية أو البيمهنية)[2] والقاضي العدلي هو المختص في أي حال في تفسير الاتفاقات الجماعية[3]، باستثناء القاضي الإداري[4].

وتُطرح مسألة تفسير الاتفاقيات الجماعية والاتفاقات المهنية في تعابير خاصة لأن هذه الاتفاقات، من جهة أولى، هي عقود من القانون الخاص قبل أي شيء، وإنما عقود تملي قواعد عامة مطبقة داخل جماعة ما، وهذه الاتفاقات، من جهة ثانية، قابلة للامتداد، أي «قابلة لأن تغدو ملزمة للإجراء والمستخدمين جميعاً في حقل تطبيق هذه الاتفاقية أو ذاك الاتفاق بقرار من الوزير المكلف شؤون العمل بعد استطلاع رأي معلل للجنة الوطنية للمفاوضة» (المادة 133 ـ L. 8 من قانون العمل). وينزع إجراء التوسع هذا إلى أن يضفي على الاتفاقية أو الاتفاق طبيعة نظامية، ذلك بأن نصوصها مفروضة على أشخاص لم يوافقوا عليها[5].

كان يمكن أن ندرك، في هذه الحالات، أن محكمة النقض تتخلى لسلطة قضاة الأساس السيدة عن تفسير الاتفاقيات أو الاتفاقات غير الموسعة (مع الاحتفاظ برقابة التشويه)، وإنما تقوم برقابة تفسير الاتفاقات الجماعية الموسعة عن طريق قرار.

بيد أن هذا التفريق لم تأخذ به محكمة النقض التي اختارت، منذ عام 1975، رقابة موسعة في تفسير الاتفاقيات الجماعية.

وقد جرى الاعتبار لمدة طويلة أن الطبيعة المتفق عليها في الاتفاقية الجماعية كانت

---

(1) انظر Weill, Terré et Simler, Les biens، رقم 618.

(2) المادة 131 ـ L. 17 من قانون العمل.

(3) G.H. Camerlynck, Droit du travail، قانون العمل الجزء VII، Négociations, conventions et accords collectifs، الطبعة الثانية، تأليف M. Despax، موسوعة Dalloz، 1989، رقم 196.

(4) M. Despax المذكور سابقاً، رقم 197.

(5) قارن بالعقود التي تصادق عليها السلطة الإدارية، الرقم 17 السابق.

تسوّغ تفسيرها كعقد عادي، أي كعقد يشكل موضوع تقدير سيد لقضاة الأساس قابلاً لعدم تصحيحه من قبل محكمة النقض إلا أن تكون شروط منازع فيها واضحة ومحددة بدقة قد جرى تشويهها من قبل القضاة الأول[1]. وتؤدي هذه المبادىء إلى صعوبات عملية خطيرة. كان يمكن أن يكون لأحد شروط اتفاقية جماعية ذاته تفسيرات متناقضة حسب القضاء المراجع في نزاعات مختلفة. لذلك كانت موضع انتقاد[2]. قبل أن تكون قد كيّفتها محكمة النقض مع الطبيعة الخاصة للاتفاقية الجماعية وقد قامت بذلك في حكم 2 تموز 1975[3] الذي نقض حكماً من الدرجة الأولى لم تقبل بتفسيره لبندين من اتفاقية جماعية. وقد ذكرت هذه النصوص فقط، قبل أن تعتبر أن «مجلس العمل التحكيمي طبقها بشكل خاطىء وبالتالي انتهكها»، وهكذا طبقت محكمة النقض على بنود اتفاقية جماعية مبادىء تفسير ذات طبيعة تقارن بمبادىء استخدمتها بالنسبة إلى أحكام قانون، طالما أنها نقضت حكماً لقضاة الأساس لعلة التطبيق الخاطىء لنصوص اتفاقية جماعية.

وقد تبنت الهيئة العامة لمحكمة النقض الحل عينه في 6 شباط 1976[4]، بنقض حكم استناداً إلى المواد من 1 ـ 31 من الكتاب الأول لقانون العمل «والمادتين 27 و 31 من الاتفاقية الجماعية لتجارة السلع المستحدثة (نوفوتيه) والمستحضرات المتعلقة بها في منطقة مدينة نانت»، ثم اعتبرت أن مجلس العمل التحكيمي «انتهك النصوص المشار إليها أعلاه». وتمسكت أحكام حديثة بهذه المبادىء التي أصبحت مستقرة اليوم بنقض أحكام بدون العودة إلى بند في اتفاقية جماعية، وبالحكم بأن قضاة الأساس انتهكوا «النص المشار إليه أعلاه»[5].

---

(1) نقض اجتماعي، 6 تشرين الثاني 1942، مصنف الاجتهادات الدوري 1943، II، 6220؛ 13 آذار 1968، النشرة المدنية V، رقم 153.

(2) M. Despax, Les conventions collectives، الطبعة الأولى، رقم 165 ـ P. Durand, Le dualisme de la convention collective، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1939، 533، رقم 27.

(3) قانون العمل، 1976، 306.

(4) النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 3؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1976، 18481، ملاحظة Groutel؛ القانون الاجتماعي 1976، 472، ملاحظة J. Savatier.

(5) نقض اجتماعي في 4 تشرين الأول 1989 القانون العمالي 1990، 17، ملاحظة S. Benamara - Bouaziz ـ انظر في الاتجاه عينه النقض الاجتماعي في 18 نيسان 1982، النشرة المدنية، V، رقم 280 صفحة 166 (نقض بسبب الخطأ في تطبيق اتفاقية جماعية الناجم عن تفسير مغلوط لقضاة الأساس بدون الإسناد إلى أي تشويه) ـ 13 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، V، رقم 509، صفحة 330 ـ 20 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية V، رقم 541، صفحة 348 ـ 22 حزيران 1988، النشرة المدنية، V، رقم 375، صفحة 243 ـ 5 أيار 1988، النشرة المدنية V رقم 277، صفحة 183 (انتهاك القانون والاتفاقية الجماعية بضم شرط غير منصوص عليه. وتقترب هذه الرقابة من رقابة التشويه بمعنى أن إدخال الشروط غير المنصوص عليها في البند يشكل تشويهاً عن طريق الضم) ـ الهيئة العامة، 6 نيسان 1990، النشرة المدنية، رقم 5، صفحة 9 ـ نقض اجتماعي في 4 نيسان 1990، النشرة المدنية، V، رقم 163، صفحة 98 (انتهاك الاتفاقية الجماعية بضم شرط غير منصوص عليه). أضف إلى ذلك: النقض الاجتماعي في 13 آذار 1991، النشرة =

من المسموح به التفكير في أن محكمة النقض إذا كانت لاتفرق بين أن تكون الاتفاقية الجماعية (أو الاتفاق) ممتدة أم لا فذلك لأن الرقابة المباشرة التي تجريها هي رقابة ذات طبيعة موضوعية، بدون الإسناد إلى إرادة الفرقاء. والمسألة الوحيدة التي تطرح بالتالي هي معرفة لماذا تقبل رقابة التفسير في حين أنها، في الظاهر على الأقل، ترفض ممارسة رقابة تفسير العقود النموذجية[1]. ويمكن اقتراح تفسير لذلك فالاتفاقيات الجماعية تحوي في الحقيقة أحكاماً شبه معيارية وهي على وجه الخصوص مزودة باستقرار معين، وهكذا تستمر الاتفاقية الجماعية حتى في حالة النقض في إنتاج مفاعيلها حتى الاتفاقية التي حلت مكانها أو في حالة عدم وجود مثل هذه الاتفاقية، لمدة سنة (المادة 138/ L. 8 من قانون العمل).

2) النقاش حول تفسير العقود النموذجية[2]

19 ـ الفقه مؤيد للاعتراف برقابة تفسير العقود النماذج[3].

يعتبر قسم من الفقه أنه من الأفضل، بالنسبة إلى بعض فئات العقود، أن تتخلى محكمة النقض عن مبدإ سيادة قضاة الأساس. وعقود الإذعان المبرمة على أساس طراز نموذجي مقصودة على وجه الخصوص.

وقد كتب Paul Esmein في المطوّل العملي للقانون المدني لـ Planiol و Ripert : «إن رقابة محكمة النقض للتفسير الذي يعطيه قضاة الأساس ضرورية على وجه الخصوص بالنسبة إلى العقود المسماة عقود الإذعان والمبرمة في صياغات متماثلة مع سلسلة من الأشخاص. ومن المؤسف أن يكون بإمكان المحاكم أن تعطي تفسيراً مختلفاً وفقاً للأشخاص المعنيين»[4]. كما كتب النائب العام السيد Lindon، في عرض بعنوان مثير: لكل محكمة حقيقتها[5]، طالباً إلى المشترع التدخل من أجل الاعتراف لمحكمة النقض بسلطة رقابة «العقود المنظمة بتعابير متماثلة بين مختلف الفرقاء».

= المدنية، V رقم 132، صفحة 83 ـ الهيئة العامة، 26 نيسان 1991، النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 3 ـ النقض الاجتماعي 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، V، رقم 504، صفحة 319 ـ النقض الاجتماعي في 13 تموز 1993، النشرة المدنية، V رقم 205، صفحة 141 ـ 21 تموز 1993، النشرة المدنية V رقم 213، صفحة 145.

(1) انظر الرقم 21 السابق.

(2) J. Léauté, Les contrats types، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1953، صفحة 429 وما يليها ـ R. Plaisant, Le contrôle de la Cour de cassation en matière de contrat، مجلة قصر العدل، 1946، I، الفقه صفحة 26 ـ B. Boccara, Le clair et l'obscur (à propos de l'interprétation judiciaire des clauses types)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، I، 2910.

(3) انظر تعريف العقد النموذجي في: تكوين العقد، رقم 80. انظر في ما خص دراسة شاملة G. Berlioz, Le contrat d'adhésion، أطروحة في L.G.D.J.، باريس، مقدمة B. Goldman، الطبعة الثانية، 1976، ولا سيما الرقم 235 وما يليه، صفحة 122 وما يليها.

(4) المرجع عينه، رقم 375، صفحة 488.

(5) مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، I، 2081.

وفي عام 1944 جرى التمسك بأن هناك تماثلاً بين القواعد القانونية والقواعد النموذجية التي يعدها بعض الهيئات، وهي علاقة أكيدة ذلك بأن هذه القواعد كانت «مزودة قانوناً أو واقعاً بقوة ملزمة إلى حدّ ما»[1]، تسوّغ توسيع سلطات محكمة النقض.

وليست فكرة الرقابة الموسعة بالنسبة إلى بعض العقود جديدة. فقد ركز النائب العام Baudouin في طلباته النازعة إلى نقض حكم محكمة استئناف باريس بتاريخ 30 كانون الأول 1903 على ما يلي: إن الحكم الذي أنتم مدعوون إلى إصداره يمكن أن تكون له أهمية ضخمة. . إن ردة الفعل ستكون حتى ما لا نهاية له، ذلك بأن الشرط المنازع فيه ليس على الإطلاق شرطاً معزولاً موحى به إلى الفرقاء المتخاصمين بنزوة فردية، انه مستخرج ومستنسخ عن صيغة غرفة الكتاب العدل في باريس، وأنتم تقرأونها بلا انقطاع في عقود الزواج المبرمة في بلدان نظام البائنة في الميدي Midi كما في الشمال والغرب. وبالتالي لن نكون قد وزنّا حكمنا أكثر من اللازم. ولن نكون كذلك قد تجنبنا الصعوبة؛ ذلك بأننا أمام ثلاثة أحكام صادرة عن محاكم مختلفة أعطت، أمام الشرط المنازع فيه عينه، في الحقيقة مدى مختلفا حسبما قدّرته في باريس أو في تولوز. وسيكون من المؤسف فعلاً أن لا تكون الحقيقة هي عينها على ضفاف نهر السين وشواطىء نهر الغارون. وسيكون العقل مشوشاً والعدالة جريحة مهما قيل في هذا الشأن»[2]. إن قرار الاتهام هذا الذي يترجم بوضوح تام رأياً يتقاسمه العديد من المؤلفين لم تأخذ به المحكمة في الحالة المعروضة عليها وأصدرت حكم ردّ معلل بالسلطة السيدة لقضاة الأساس. كما ردت أيضاً في 28 كانون الثاني 1907[3] طعناً مقدماً ضد قرار محكمة استئناف تولوز بتاريخ 8 شباط 1904 الذي أخذ بتفسير مختلف عن الشرط المنازع فيه متذرعة دائماً بسلطة قضاة الأساس السيدة.

وحكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض بتاريخ 18 تشرين الثاني 1930 «بأنه يعود إلى قضاة الواقع تفسير الشرط عينه في عقدين متماثلين وتقديره حسب الوقائع والظروف الخاصة بكل عقد»[4].

20 ـ الاعتراضات:

إن تفسير العقود النماذج المأمول به معنوياً يصطدم بعقبات نظرية يصعب تذليلها.

فالعقد النموذجي ليس قاعدة قانونية وليس معياراً موضوعياً، ذلك بأن السطة العامة وحدها مزودة بالسلطة المعيارية[5]. وقبول رقابة تفسير العقود النموذجية يعني الاعتراف

---

(1) R. Houin، ملاحظة على حكم نقض بناء على عريضة في 26 تشرين الأول 1942، Sirey 1944، 1، 23.

(2) يوميات الكتابة العدل، 1907، البند 28920، صفحة 149.

(3) يوميات الكتابة العدل، 1907، البند 28921، صفحة 166؛ Dalloz الدوري 1910، I، 97؛ مجلة قصر العدل، 1907، 1، 228؛ Sirey 1912، I. 22.

(4) مجلة قصر العدل، 1930، 2، 940.

(5) J. Léauté المقالة المذكورة آنفاً، رقم 912، صفحة 436 وما يليها، رقم 19، صفحة 442. «العقد النموذج فعل إرادة خاصة لافعل سلطة تشريعية». ويلاحظ المؤلف أن السلطة المعيارية للطوائف المهنية كانت غير =

للمارسة بدور منشىء للقانون؛ ويكون ذلك مصدراً حقيقياً للقانون.

وقد أبدى أحد المؤلفين السيد Boré أربعة اعتراضات رئيسية. فعقود الإذعان لا توفر وحدة تحرير نص تشريعي أو نظامي[1]. ويحوي العديد من عقود الإذعان بدائل جمة. وغالباً ما تكون هذه العقود متكيفة مع وضع خاص. يضاف إلى ذلك أن العقد لن تكن له عمومية القاعدة القانونية[2]، بحيث أن «وحدة الاجتهاد قلما يتم التوصل إليها بالتفسير المتناقض لقضاة الأساس، إلاّ أن يكون الأمر متعلقاً بتفسيرات مختلفة لمادة من القانون[3]، ثم إن العقد هو موقت بشكل أساسي ولا يقدّم الطابع الدائم (كذا) للقاعدة القانونية[4]. والعقد النموذجي أخيراً، على وجه الخصوص كما يقول المؤلف، لا يصدر عن السلطة العامة[5].

21 ـ تطبق محكمة النقض، على وجه العموم، مبدأ سيادة قضاة الأساس في تفسير العقود النموذجية[6].

على أنه يجري بيان بعض الأحكام التي تخضع لرقابة محكمة النقض ـ استثناءات للمبدإ معتبرة محدودة جداً من قبل بعضهم[7] ـ؛ غير أن مدى هذه الأحكام موضع جدال[8].

= موجودة. والملاحظة ينبغي أن تبين الفروق الدقيقة ذلك بأن النقابات المهنية، ومنها نقابة المحامين، يمكن أن تملي قواعد ملزمة بالنسبة إلى أعضائها.

(1) المرجع عينه، رقم 1273.

(2) المرجع عينه، رقم 1274.

(3) تقرير Pilon حول عريضة 23 شباط 1932، Dalloz الدوري 1932 1، 141 الذي استشهد به J. Boré، المرجع عينه.

(4) المرجع عينه، رقم 1275.

(5) المرجع عينه، رقم 1276.

(6) انظر بالنسبة إلى تأكيد سلطة قضاة الأساس السيدة، J. Boré, La cassation، رقم 1278، الاستشهادات العديدة الواردة ـ Ph. Simler المذكور آنفاً، رقم 158، الاستشهاد الوارد ـ انظر على سبيل المثال، النقض في مناسبة عريضة 26 حزيران 1901، Dalloz الدوري 1902، 1، 231 (تفسير تم اعتباره سيداً في شأن تسوية صندوق التقاعد) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 حزيران 1971، النشرة المدنية، I، رقم 185، صفحة 155 (تفسير سيد لأنظمة رابطة أعلنت ذات منفعة عامة) ـ نقض تجاري في 13 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV رقم 311، صفحة 255 (تفسير سيد لاتفاق بين ممثلي شركة نفطية واتحادات بائعي المفرق) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 253، صفحة 168 (تفسير سيد لأنظمة شركة ذات منفعة جماعية زراعية) ـ M. Sériaux، المرجع عينه والتعبير المذكور، وقد تمسك المؤلف مع ذلك بأن محكة النقض كانت تجهد في رقابة تفسير العقود النماذج مما يكذب دراسة الاجتهاد.

(7) J. Flour et J. L. Aubert، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة 1990، رقم 399 ـ B. Starck تأليف H. Roland et L. Boyer، الموجبات، المجلد 2، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات Litec، 1993، رقم 182.

(8) نقض في مناسبة عريضة 26 تشرين الأول 1942، Sirey 1944 1، 21، ملاحظة R. Houin، في صدد تفسير قواعد بحرية في Anvers وYork لعام 1944 (وإنما ناقضتها الغرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ 15 أيار 1950، Dalloz 1950 ، صفحة 773، ملاحظات G.R. الناقدي الذي يؤكد سلطة قضاة الأساس =

ويلاحظ بالتالي أن رقابة التشويه تتيح، عندما يجري الحكم بأن أحد بنود العقد النموذجي واضح ومحدد، تحديد معناه نهائياً بالنسبة إلى العقود كافة[1].

إلا أن موقف الاجتهاد ليس سلبياً إلى درجة أن هذه الملاحظات تدعو إلى التفكير فيه. ومن أجل الاقتناع ينبغي طرح مشكلة التفسير بتعابير ذاتية وتعابير موضوعية.

من الأكيد، في نظام تسيطر عليه الإراودية، أن محكمة النقض لا تملك أي سلطة لتفسير عقد نموذجي، ذلك بأن الأمر يتعلق دائماً بعقد ما. والتفسير الذاتي غير قابل للفهم. وأي محاولة معدّة لحمل الهيئة العليا على تحويل مذهبها لا يمكن إلا أن يكون مصيره الفشل (إلا في حالة قبول أن محكمة النقض يجب أن تصبح المحكمة السيدة).

وبالمقابل يمكن قبول تفسير وفقاً لطريقة موضوعية بدون قلب مبادىء توزيع الصلاحيات بين قضاة الأساس ومحكمة النقض. فالتفسير الموضوعي مجرد من أي بحث عن الإرادة سواء أكان المقصود إرادة المتعاقدين أو إرادة محرر العقد (النموذجي) عندما يكون شخصاً ثالثاً. والحال، كما سنرى[2]، أن محكمة النقض تستخدم هذه الطريقة محققة بذلك وحدة في تفسير بعض الشروط؛ ولن يكون هناك ما يدعو إلى المفاجأة في ملاحظة أن محكمة النقض تتدخل على وجه الخصوص في مجال عقد التأمين ـ العقد النموذجي بالامتياز ـ إلا أنه يجب أن نرى أن التفسير الموضوعي ليس خاصاً بالعقود النماذج. إنها طريقة منذورة للتطبيق بصورة عامة. ولا تقدّم حالة تفسير العقود النماذج في هذه الشروط أي أصالة.

وفي النهاية نرى أن محكمة النقض رغماً عن بعض الانتقادات ترفض بحزم الرقابة الذاتية للعقد. على أن السلطة السيدة المعترف بها هكذا لقضاة الأساس محصورة في بعض الحدود ذلك بأن محكمة النقض تراقب شروط ممارسة التفسير.

= السيدة) ـ نقض مدني في 14 كانون الثاني 1931، Dalloz 1931 الدوري I, 1931 صفحة 5، طلبات Matter، ملاحظة R. Savatier ـ نقض مدني في 18 آذار 1942، Sirey 1943 I، صفحة 13، ملاحظة Houin (تعريف مفهوم «رخصة سوق نظامية» تجاه وثيقة تأمين بوليصة). غير أنه جرت الملاحظة أن أي نقاش لم يتم حول تفسير الشرط، J. Boré, La cassation، المشار إليه سابقاً، رقم 1282. على أن الحكم ملتبس طالما أن محكمة النقض أخذت: «بأن رخصة السوق التي قصدتها وثيقة التأمين لا يمكن أن تكون سوى الرخصة التي فرضتها شرطة السير لقيادة الشاحنة الصغيرة المبينة في عقد التأمين» ـ نقض مدني في 4 أيار 1942، Dalloz الأسبوعي 1942 I، صفحة 131، ملاحظة A. Besson (في شأن إدارة الدعوى M. Boré, La cassation، رقم 1283، وهو يلاحظ مع ذلك أن هذا الحكم هو في إطار رقابة التشويه).

(1) Ph. Malaurie et L. Aynès، الموجبات، منشورات Cujas، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 630، صفحة 347، J. Boré, La cassation، رقم 1280 و 1281، صفحة 427، وإنما بقي متشككا حول استخدام هذه الطريقة ـ وعلى نقيض ذلك Weill et Terré، الموجبات، الطبعة الرابعة، موسوعة Dalloz، 1986، رقم 371، صفحة 375، ويشبع التشويه في عرفهما رقابة تفسير غير صحيح بصورة جلية بدون تحقيق تفسير موحد. ولم تعد المسألة مثارة من قبل F. Terré, Dh. Simler et Y. Lequette، 1993، رقم 434 في الطبعة الخامسة للموجز في الموجبات.

(2) انظر الرقم 42 اللاحق وما يليه.

II ـ محكمة النقض تراقب شروط ممارسة التفسير

22 ـ تحوي ممارسة سلطة التفسير مظهرين: إنها مرتبطة بالتباس العقد وهي مفروضة بسبب التباس العقد.

أ ـ ممارسة سلطة التفسير مرتبطة بالتباس العقد:

23 ـ لا يستطيع قضاة الأساس ممارسة أي سلطة للتفسير عندما يكون العمل (الوثيقة) واضحاً ودقيقاً تحت طائلة النقض لعلة التشويه[1].

لا تفسر محكمة النقض كما رأينا[2] هي نفسها الأعمال القانونية. والحال أن الاعتراف لقضاة الأساس بسلطة تفسير إرادة المتعاقدين يمكن أن يقود إلى نوع من تجاوز حد السلطة.

وكما عرض السيد Boré، في نهاية المطاف، في المطول في النقض في المادة المدنية[3]، يكفي أن يدعي القاضي، بصورة واضحة إلى حد ما، أن العمل المتنازع فيه يستوجب التفسير لتغليب وجهة نظره الخاصة حول تعابير العمل وبالتالي تعديل الموجبات الملقاة على عاتق الفريقين بحرية، فتكون المادة 1134 من القانون المدني مطوقة وقانون الفريقين منتهكاً. وعليه تكتفي محكمة النقض إذ ذاك بنقض انتهاك القضاة وجود الموجبات العقدية الذي يعترفون[4] به مما يشكل نقضاً لعلة عدم استنتاج النتائج القانونية للتثبت من الوقائع الواردة في الحكم الذي تناوله النقض[5]. وقد حكمت محكمة النقض في حكم مبدئي

---

(1) انظر J. Boré, La cassation المذكور سابقاً، رقم 2306 و ما يليه ـ J. Boré, Un centenaire، الفقرة السالفة الذكر، صفحة 249 وما يليها ـ G. Marty الأطروحة الآنفة الذكر ـ J. Voulet, Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation، مصنف الاجتهادات الدوري 1971، I، 2410 ـ تنقض محكمة النقض أحياناً بصورة غير مباشرة التنكر للعقد استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني بدون الإسناد إلى نظرية التشويه. انظر كمثال حكم الغرفة المدنية الأولى، 5 أيار 1993، النشرة المدنية، I رقم 159، صفحة 110. والأمر كذلك لأن قضاة الأساس لا يفسرون العقد وإنما يطبقون اشتراطا عقدياً على حالة لا يتناولها.

(2) انظر الرقم 13 السابق.

(3) المرجع عينه، رقم 1228 وما يليه، صفحة 414 وصفحة 415.

(4) انظر بهذا المعنى النقض في مناسبة عريضة 22 تشرين الثاني 1965، Sirey 66، 1، 23؛ Dalloz الدوري 66 1، 108: «من حيث أنه لا يمكن أن يكون هناك انتهاك للمادة 1134 إلاّ بمقدار ما يكون القاضي، بعد أن يتثبت من وجود العقد ومعناه، قد اعتقد أن ثمة إمكانية، بذريعة ما، لتعديل ما اعترف بأنه كان موضوع اتفاق بين الفريقين». أضف إلى ذلك النقض في مناسبة عريضة 18 تموز 1871، Dalloz 71، 1، 283 ـ انظر: J. Boré, Un centenaire، الفقرة المذكورة سابقاً، رقم 5، صفحة 253. انظر بالنسبة إلى فرضية اعترف بمقتضاها قضاء أدنى بوجود شرط واضح ودقيق، وإنما رفض تطبيقه تحت غطاء تفسير إرادة الفريقين المشتركة، النقض المدني في 14 كانون الأول 1942، D.C. 1944، صفحة 112، ملاحظة P.L.P. أضف إلى ذلك: النقض التجاري في 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 162، صفحة 113.

(5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري بتاريخ 2 شباط 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 55، صفحة 39. كان على محكمة الاستئناف، بالنظر إلى هذا التثبت، أن تأخذ بأن العقد المتنازع فيه كان ضماناً مستقلاً ولم يكن كفالة، بدون أن تتمكن من أن تحتمي وراء القاعدة التي تقضي بوجوب تفسير الشرط عندما يكون غامضاً لصالح من تعاقد على الموجب.

بتاريخ 15 نيسان 1872[1]، في سبيل الحيلولة دون هذه المحاولة، بأنه «من غير المسموح به للقضاة، عندما تكون تعابير الاتفاقيات واضحة ودقيقة، أن يشوهوا الموجبات الناجمة عنها وأن يعدلوا الاشتراطات التي تتضمنها»[2].

ويمكن تعريف التشويه بأنه تنكر قاضي الأساس لمعنى مستند خطي واضح ودقيق[3] - ذلك بأن مجاله أوسع من عقد عادي[4] - في شأن مستند خطي وحسب[5]. وهكذا يضع وضوح العقد الحد الذي لا يسع سلطة تفسير قاضي الأساس تجاوزه. فليس بإمكان قاضي الأساس أمام عقد مجرد من الغموض أو اللبس إلاّ أن يطبق قانون الفريقين بدون قيد أو شرط وبدون تعديل أو إضافة أو بتر[6].

وهكذا تغلب نظرية التشويه فكرة أن إعلان الإرادة هو فوق الإرادة الداخلية[7].

ولم تحظ رقابة التشويه بالإجماع في الفقه.

فقد عارض Faye[8] بشدة رقابة التشويه لأنها اقتحام مجال الواقع. أما السيد Boré فقد رفض هذه الحجة بالأخذ بأن التشويه يتيح تأمين فعالية ما تأمر به المادة 1134 إن القانون المدني[9]، ولأن إعلان الإرادة المعبر عنه بوضوح يجب أن يتفوق على نية الفريقين المفترضة كي لا يكون شرط الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة مضمراً[10]. وهذه الملاحظات جواب كذلك على الانتقادات العامة لمؤلفين آخرين.

---

(1) Dalloz الدوري 72، 1، 176؛ Sirey 73، 1، 232.

(2) بعض الأحكام السابقة الصادرة في مجال تفسير الوصايا حكم في هذا الاتجاه، انظر حول هذه النقطة التاريخية G. Marty، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 308 وصفحة 309 والاجتهاد المستشهد به.

(3) J. Boré, Un centenaire الفقرة الواردة سابقاً، رقم 6، صفحة 254.

(4) J. Boré, La cassation المذكور سابقاً، رقم 2352. انظر، كمثال على تشويه وصية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1953، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 7730، الملاحظة A.P.

(5) مطعن التشويه غير قابل للتطبيق في اتفاقية شفهية، الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، II رقم 329. أنه لا يتعلق «بوقائع القضية»، انظر Voulet، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 7.

(6) J. Boré, La cassation المذكور آنفاً، رقم 2396 وما يليه؛ Un centenaire، رقم 72، صفحة 279 وصفحة 280. انظر كأمثلة على التشويه عن طريق الإضافة النقض التجاري في 13 شباط 1990، النشرة المدنية، IV رقم 39، صفحة 26؛ الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 13 أيار 1991، النشرة المدنية، II، رقم 145، صفحة 78؛ الغرفة المدنية الأولى، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية I، رقم 175، صفحة 115. قارن بالأحكام التي ترفض التعزيز الموضوعي لمحتوى العقد الرقم 49 اللاحق.

(7) A. Rieg الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 394 وما يليه، صفحة 388 وما يليها.

(8) La Cour de cassation، رقم 171 وما يليه الذي استشهد به J. Boré.

(9) La cassation... المذكور سابقاً رقم 23 Un centenaire; 29... المقالة المذكورة سابقاً رقم 23 صفحة 260.

(10) La cassation، رقم 2331 وما يليه؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 24، صفحة 260 وصفحة 261.

ورأى Dereux[1] في عام 1905 إن نظرية التشويه كانت غير منطقية ولا ترضي حاجات الممارسة. إنها غير منطقية لأنه كان يتم الاحتفاظ بفكرة أن التفسير يعود حصراً إلى البحث عن النية. والحال أن مسألة النية مسألة واقعية بالضرورة. وهكذا يكون ثمة تدخل لقاضي النقض في مجال الوقائع. ثم إنَّ نظرية التشويه ترتكز على معيار غير قابل للإحاطة به. وليس هناك أكثر غموضاً من فكرة «العمل الواضح». وكانت الإجابة على ذلك أن معيار الوضوح في مجالات أخرى كان مستخدماً بدون سيئات تستحق الذكر ـ مراجعة تفسيرية، إحالة إلى القضاء الإداري لتفسير عمل إداري فردي[2]. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض لا تطبق نظريتها على الشروط النماذج في حين أن وحدة التفسير مفروضة في هذا المجال. وأخيراً عندما تبت محكمة النقض بصعوبة «تفسير» تصدر حكمها دائماً لصالح تفسير حرفي في حين أن المادة 1156 تأمر بالعكس. وينادي الناقد بالتالي بأن تراقب محكمة النقض تفسير العقود الخاصة بدقة أكثر وفي مجال أوسع مع التخلي عن التفسير الحرفي للأخذ بمعنى سويٍّ متوافق مع الإنصاف وحسن النية.

وقد أدان Baudry - Lacantinerie و Barde نظرية التشويه ببرهانين. إنها، من جهة أولى، تفتح «الباب على مصراعيه للكيفي». ومن جهة أخرى تغدو مسألة معرفة ما إذا كانت تعابير عقد ما مجردة من الغموض مسألة واقعية بشكل أساسي[3].

إن التفريق بين العقود الواضحة والعقود الغامضة كانت، إضافة إلى ذلك، موضوع محاربة، مما يعود بالضرورة إلى إدانة نظرية التشويه. وكذلك جرى التمسك بأن الغموض يجب أن لا يكون شرطاً للتفسير ذلك بأنه إذا كانت تعابير العقد يمكن أن تكون واضحة، فإن ذلك لا يستدعي أن تكون الإرادة على هذا النحو. وبالتالي جرى اقتراح معيار آخر مرجح: «الشرط الوحيد» ـ الضروري والكافي ـ ليكون ثمة مجال لتفسير العقد هو وجود نزاع بين الفريقين»[4]. بيد أن افتتاح الدعوى أمام القضاء، كما لاحظ السيد Boré، لها فضيلة نفي أي وضوح وتساوٍ بالتالي «إذن بالتشويه» من قبل القاضي الناظر في الخلاف[5].

ولم تتأثر محكمة النقض أبداً بانتقادات الفقه وقد طبقت دائماً نظرية التشويه باللجوء إلى معيار وضوح العقود.

على أنه ينبغي، بدون الدخول في تفاصيل الشروط الشكلية لقبولية مطعن التشويه[6]،

---

(1) Dereux، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 88 وما يليها.

(2) J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 2346 وما يليه؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33 وما يليه، صفحة 265.

(3) Traité théorique et pratique de Droit civil français، الموجبات، المجلد 1 الطبعة الثالثة، 1906، رقم 337، صفحة 387.

(4) J. Lopez Santa Maria، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 31.

(5) La cassation المذكور آنفاً، رقم 2384؛ Un centenaire، رقم 62، صفحة 275.

(6) انظر حول هذه المسألة دراسة J. Boré الشاملة La cassation المذكورة آنفاً رقم 2369 وما يليه.

التعيين أنه يقتضي أن يتذرع به المتقاضي ـ ليس في وسع محكمة النقض إثارته تلقائياً ـ والعمل المشوب بالتشويه يجب أن يكون ناتجاً بتمامه[1]. وبالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الأمر متعلقاً بمستند أجنبي عن الدعوى[2].

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض أرادت اليوم حصر قبولية مطعن التشويه في حدود ضيقة. وهكذا حكمت في حكمبها بتاريخ 14 نيسان 1992[3] وفي تشرين الثاني 1992[4] بأن «تقدير المدى القانوني لعمل ما بيدون الاستنساخ الصحيح لتعابيره ليس قابلاً للطعن عن طريق مطعن التشويه». كما أصدرت في 2 أذار 1993[5] و 29 حزيران 1993[6] حكمين في الاتجاه عينه.

وحارب السيد Boré بقوة نزعة الغرفة التجارية هذه: «يكفي أن يتخذ القاضي الحيطة ببيان المضمون الصحيح للمستند الخطي لكي يفعل بعد ذلك ما يشاء. إن ثمن الحصانة معدوم». إن المعلق، بعيداً عن التأثر، لاحظ أن مذهب الغرفة التجارية مناقض جذرياً للفكر التاريخي لمطعن التشويه مشدداً على أن «احترام القاضي لحقيقة إثباتات الدعوى هو، بالنسبة إلى المتقاضين الذين يحضرون أمامه، أكثر المضانات ضرورة». ويشدد المؤلف بعد ذلك على أن موقف الغرفة التجارية كان معزولاً.

كما بين السيد Boré، في ملاحظات لاحقة على حكم للغرفة التجارية في 6 تموز 1993[7]، إن هذه الغرفة لم يكن بإمكانها تطبيق مذهبها حقيقة وانها كانت مكرهة على نقض حكمين لعله التشويه بدون إثارة هذه الإمكانية للنقض وإنما بنقض أحكام المحاكم الأدنى لعله التنكر القانون العقد.

وبالمقابل دافع المستشار العميد Perdriau بنفس القوة عن المفهوم الحاصر لمطعن النقض. وأثار في المقام الأول حسنة البساطة؟ بيد أن هذه الحسنة ليست دائماً الطريقة الأكثر

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 74. بيد أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 4 شباط 1986 (النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 3) اعترفت لنفسها بحقها في أن تفرض على المدعى عليه في الطعن أن يقدم تحت طائلة الغرامة المالية المستند المشوب بالتشويه من قبل المدعي في حين أن محكمة النقض غير صالحة، من حيث المبدأ، للأمر بتدابير تحقيق بسبب التفريق بين الواقع والقانون وبمقدار ما لا يظهر أن عدم التقديم منسوب إلى المدعي يكون هذا الحل ملائماً. أنه يرضي في أي حال ما تتمناه المادة 10 من القانون المدني التي تنص على أن «كل واحد ملزم بتقديم مساعدته للعدالة لإظهار الحقيقة. ومن يتخلف عن هذا الموجب بدون عذر شرعي عندما يكون مطلوباً شرعاً يمكن إكراهه على ذلك وعند الحاجة تحت طائلة تغريم مالي أو غرامة مدنية بدون عطل وضرر».

(2) نقض تجاري في 4 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV رقم 8، صفحة 6.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري 1993، II، 22079، ص. 256 ملاحظة J. Boré.

(4) Contrat - Concurrence - Consommation، 1993، صفحة 6، رقم 6، ملاحظة L. Leveneurr.

(5) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22072، ملاحظة A. Perdriau.

(6) النشرة المدنية IV، رقم 271، صفحة 191.

(7) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22126، صفحة 373.

ملاءمة لتسوية المسائل المعقدة. بعد ذلك دافع المستشار العميد Perdriau عن فكرة أن التشويه يقتضي أن يكون له طابع مادي على وجه الحصر، ذلك بأن التشويه، في النهاية، مسألة واقعية يقتضي أن لا تنظر فيها محكمة النقض بسبب المبدإ الأساسي للتفريق بين الوقع والقانون. وبتعبير آخر يغدو التشويه الفكري، بدون استنساخ غير صحيح للاشتراطات العقدية، مجرد غلط واقعي. ويعود البرهان الأخير في نهاية المطاف في الفكر الرادع إلى مفهوم ضيق للتشويه يتيح إيقاف الموج المتناهي للمطاعن المستندة إلى تشويه مزعوم. إن وثاقة صلة هذا البرهان بالموضوع تستحق وضع إحصاءات لعدد أنواع التشويه المتذرع بها بالنسبة إلى عدد أسباب التسويغ الخاضعة لتقدير محكمة النقض وليس بالنسبة إلى الطعون.

إن هذا الدفاع عن المفهوم المادي لمطعن التشويه لا يقنعنا. إننا نميل إلى مفهوم السيد Borè ملاحظين معه أنه ليس في معاقبة محكمة الاستئناف لأنها «تنكرت لقانون العقد» أو لعلة «التشويه» الفكري للعقد سوى فارق تعبير شكلي خاصته الوحيدة أنه يفسح في المجال للالتباس.

24 ـ النقاش حول طبيعة رقابة التشويه.

ينزع تحليل العميد Marty إلى إرجاع تقدير الطابع الواضح والدقيق للعقد إلى تقدير وثاقة أسباب التعليل التي يضعها قضاة الأساس في المقدمة بالموضوع من أجل تسويغ ممارسة سلطة التفسير. ويلخص المؤلف فكرته على هذا النحو: «يظهر الشرط المنازع فيه لها (لمحكمة النقض) في معنى واضح وبديهي؛ وتتحقق المحكمة من جهة أولى من القاضي فسر الشرط بشكل مختلف واعترفت له بمدى متناقض مع معناه السوي. وفي هذه الحالة تبحث المحكمة العليا عن طريق تفحص أسباب التسويغ عما إذا كان تفسير القاضي مقبولاً عن طريق استنتاجات معقولة مستخرجة من التقريب بشروط العقد الأخرى أو بتثبت خارجي. فإذا كان الأمر على هذا النحو فإنها ترد الطعن». وفي الحالة المعاكسة تنقض الحكم[1]. ولن يكون التشويه تقنياً سوى عدم كفاية أسباب التسويغ مما يقربه من إمكانية أخرى للنقض: فقدان الأساس القانوني[2].

ويقابل هذا المفهوم الذاتي للطابع الواضح والدقيق للعقد أو للشرط مفهوم موضوعي تنسب أبوّته Lerebours-Pigeonnière[3]. ففي عرف هذا المؤلف: «عندما نكون أمام شرط واضح ودقيق، أياً كانت أسباب التسويغ التي يمكن أن يقدمها القاضي، لا تدع محكمة النقض هذا الحكم يمر، ذلك بأنه بالنسبة إلى محكمة النقض ليس هناك مجال للتفسير. إن المسألة كلها هي مسألة معرفة ما يلي: هل هناك مجال للتفسير أم لا؟ وعندما يعبّر الفريقان عن إرادتيهما التي أفصحا عنها بالتعابير التي عبَّرا عنها، والتي لها مدى شرعي، على القضاة

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151، صفحة 318.

(2) انظر أيضاً G. Marty et Raynaud، المرجع عينه، رقم 244.

(3) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 397، صفحة 391.

تطبيق العقد كما هو»[1]. وبالنسبة إلى السيد Rieg[2] ينتج عن أحكام عديدة صادرة عن محكمة النقض أن تحديد معنى التعابير الواضحة والدقيقة ظاهرياً ينبغي تطبيقه موضوعياً. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كانت محكمة النقض، تحت غطاء تقدير وضوح التعابير، تفرض في الحقيقة تفسيرها الخاص، ذلك بأنها لا تكتفي بالتثبت من أن شروط ممارسة التفسير مجتمعة. فنقع اذاك في مجال تفسير تكويني.

ويأخذ السيد Boré بمذهب يندرج في هذا التيار من الفكر[3]. ليس هناك غياب لسبب التسويغ يجعل محكمة النقض في استحالة رقابة القانون المطبّق؛ فالقاضي قد أعطى بالفعل عن طريق التفسير الذي لجأ إليه أسباب تسويغ لدعم قراره. وما تعاقبه محكمة النقض هو ممارسة القاضي سلطة تفسير ليست له بسبب وضوح العقد ووقته وفي هذه الرؤية يقدّر قاضي النقض بصورة مباشرة خصائص العقد لا قيمة أسباب تسويغ الحكم المطعون فيه أمامه.

25 ـ تقدير الطابع الواضح والدقيق للعقد.

إن محكمة النقض هي التي تقدر الطابع الواضح والدقيق للعقد المتذرع بتشويهه[4]. وبتعبير آخر هي تراقب مباشرة شروط وضوح العقد ودقته[5].

ولذلك تمكن أحد المؤلفين من أن يقدر أن تقنية التشويه ليست سوى وسيلة تتزوّد بها محكمة النقض لرقابة الحلول التي يأتي بها القضاة لمشاكل الأساس[6]، وأضاف أنه «ما لا طائل تحته البحث في اجتهاد محكمة النقض عن معيار جدي بين الواضح والغامض»[7].

إن هذه الملاحظات تحوي بالتأكيد جزءاً من الحقيقة غير أنه، في مطلق الأحوال، ليس هناك تدخّل حقيقي في مجال الواقع كما جرى زعمه أحياناً[8]. فمحكمة النقض تكتفي في الواقع بالتثبت من أن العقد، أو الشرط المنازع فيه، يتجاوب مع معيار الوضوح الذي طرحه ـ حتى ولو كان هذا المعيار من الصعب الإحاطة به[9] ـ لكي يكون التفسير ضرورياً أم

---

(1) مناقشة حول عرض G. Marty خلال أعمال رابطة H. Capitant المذكورة آنفاً؛ صفحة 103.

(2) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 398، صفحة 393، وما يليها.

(3) La cassation السالف الذكر، رقم 2315؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13.

(4) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 11 حزيران 1979، النشرة المدنية IV، رقم 194، صفحة 158.

(5) تستخدم محكمة النقض، عند الاقتضاء، التعابير: «أخذت محكمة الاستئناف عن وجه حق بأن الشرط المنازع فيه هو واضح ودقيق»، أو «قدرت بصواب أن» ـ انظر النقض التجاري في 12 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 252، التي استخدمت التعبير «أعلنت محكمة الاستئناف بصواب أن الشرط المنازع فيه كان واضحاً».

(6) T. Ivainer, La lettre، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 21، الأحرف المنحنية في النص.

(7) T. Ivainer, L'ambiguïté، المقاله الآنفة الذكر، رقم 29، صفحة 157.

(8) انظر الرقم 23 السابق.

(9) انظر في شأن محاولة تحديد دقيق لمفهوم «الوضوح»: J. Boré, La Cassation. المذكور سابقاً، رقم 2391 وما يليه؛ Un centenaire، رقم 66 وما يليه صفحة 277 وصفحة 278.

لا[1]. وهذا النموذج من الرقابة لا يستبعد بالطبع نوعاً من التعسف.

والالتباس (والوضوح) في عقد يترجم بطرق مختلفة[2]. وأحد الشروط يمكن أن يكون ملتبساً داخلياً، وخارجياً.

فالالتباس الداخلي ينتج عن تعدد المعاني الممكن بالنسبة إلى كلمة أو تعبير، مما يفترض أنه غير محدد من قبل المتعاقدين. وهكذا جرى الحكم بأن عقد تأمين هو ملتبس بكونه لا يحدد كلمة «مالك» وبكونه لا يتوقع ولا يستبعد، بالنسبة إلى الضمان العقاري، الحالة التي يكون فيها المكتتب غير مالك وغير مستأجر للعقار وإنما يحمل 449 حصة من أصل 450 من الشركة المدنية العقارية التي هي نفسها مالكة العقار[3]. كما أنه جرى الحكم بأن تعبير «بدل الإيجار الزراعي» كان غامضاً وكان يمكن أن يفسر بأن المراد قوله «تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك» طالما أن واضع المستند الخطي (وصية) كان يجهل وجود هذا القول[4]. إن عقدا ما هو غير دقيق أيضاً عندما لا يرتقب كيفية تنفيذه[5].

والالتباس الخارجي يظهر بطرق مختلفة بحيث أن أي محاولة تركيب تبدو منذورة للفشل. ويبدو تعداد الحالات الرئيسية مفضلاً.

إن شرطاً ما، في أول الأمر، في عقد، واضح ودقيق في ذاته، يمكن أن يكون ملتبساً ما دام أنه يواجه اشتراطات أخرى تبناها الفريقان[6]. ثمة حكم بتاريخ 15 نيسان 1926[7] جاء واضحاً جداً بهذا المعنى. فبالنسبة إلى محكمة النقض: «اعتبر الحكم المطعون فيه عن وجه حق أن التعابير المثارة والمأخوذة في معناها الحرفي كانت غير قابلة

---

(1) انظر بهذا المعنى Marty، المقالة السالفة الذكر، صفحة 96 في نهايتها: «رقابة التشويه هذه لا تقود محكمة النقض إلى أن تفسر هي نفسها. انها تقول: هذا مقبول أو هذا غير مقبول، ولكنها لا تذهب إلى أبعد من ذلك».

(2) انظر T. Ivainer, L'ambiguïté dans les contrats Dalloz 1976، العرض. XXIX، صفحة 153 وما يليها.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 63، صفحة 41. الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 119، صفحة 77، غياب التعريف يخلق هذا الالتباس.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1978، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 40؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، IV، صفحة 112. انظر بالنسبة إلى أمثلة أخرى، J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 2384؛ Un centenaire، رقم 64 صفحة 276، وهذا ما يسميه المؤلف «الوضوح بالنسبة إلى إرادة الفريقين».

(5) الغرفة المدنية الأولى في حكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 28، في ما يتعلق بغياب الدقة بالنسبة إلى كيفيات «التعرف إلى الوصفات الطبية». أضف إلى ذلك: في شأن تطبيق المبدأ، الغرفة التجارية في محكمة النقض، 24 شباط 1988، النشرة المدنية، V، رقم 131، صفحة 86.

(6) J. Boré, La cassation، رقم 2386 وما يليه؛ Un centenaire، رقم 65 وما يليه، صفحة 276 وما يليها. يلاحظ المؤلف أن شرطاً ملتبساً خارجياً يمكن تحويله إلى شرط واضح عن طريق تفحص مجمل العقد (المتطوق).

(7) النقض في مناسبة العريضة بتاريخ 15 نيسان 1926، Sirey 1926 ،1 ،151؛ Dalloz الاسبوعي 1926، صفحة 317.

للانسجام مع مجمل العقد ومع النية البديهية للفريقين رغماً عن وضوحها»، مما ينجم عنه أنه يعود إلى محكمة الاستئناف تفسير الاتفاقية. وهكذا يمكن أن ينتج التباس اشتراط عن مقارنته باشتراط آخر يناقضه[1].

كما أن الالتباس يمكن أن يولد من مقارنة أعمال متميزة مادياً وإنما تلتقي على موضوع واحد[2].

ويعتبر كذلك «ملتبساً كل نص داخل في قانون الفريقين يقارن بحقيقة سابقة للتعاقد عاشها الفريقان، وترفض محكمة النقض الإشارة إليها بصورة دقيقة بتأكيد عدم ملاءمتها هذه الظروف الخاصة»[3] إن الالتباس ينجم عن مقارنة العقد الواضح التعابير بنزاع خارجي وجد الفريقان نفسيهما فيه طوعاً أم لا لدى تنفيذ موجباتهما.

وتشهر أحكام عديدة هذا الشكل الأخير من الالتباس.

ففي 11 آذار 1923 قررت إحدى الشركات منح رئيسها المستقيل تقاعداً سنوياً قيمته 150000 فرنك قابلاً لأن يؤول نصفه إلى زوجته. وتوفيت الزوجة لاحقاً وتزوج المستفيد من الدخل ثانية ثم توفي. فطالبت الزوجة الثانية بالدخل بدون أن تحصل عليه، إذ قدر قضاة الأساس أن الدخل الموعود به في نية الفريقين يقتضي أن لا يستفيد منه سوى الزوجة الحية في تاريخ الوعد. وأيدت محكمة النقض قضاة الأساس في استخدام سلطتهم في التفسير

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تشرين الأول 1966، النشرة المدنية I، رقم 460، صفحة 350ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1968، النشرة المدنية، III، رقم 518، صفحة 399 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 آذار، 1969، النشرة المدنية، III، رقم 242، صفحة 186 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1970، النشرة المدنية، III، رقم 692، صفحة 503 ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 147، صفحة 133 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية I رقم 318، صفحة 216 (التباس ناجم عن طبيعة بعض الاشتراطات المتناقضة) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، النشرة المدنية Iرقم 175، صفحة 159: «لم تقم محكمة الاستئناف، أمام شروط متداخلة بعضها يظهر أن يعطي بدون تقييد ما يرفضه بعضها الآخر، إلاّ باستخدام السلطة التي تملكها في تفسير أحكام ملتبسة لا يسعها بالتالي أن تشوهها». انظر أيضاً الرقم 36 اللاحق حول التشويه عن طريق الإغفال وحول الموجب الملقى على عاتق القضاة بتفسير بعض شروط العقد عن طريق بعضها الآخر.

(2) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1965، النشرة المدنية I رقم 541، صفحة 410 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I رقم 320، صفحة 213 (تفسير حاصر للتشويه عن طريق المقارنة بين وصيات متتالية) ـ قارن بالغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، I، رقم 31، صفحة 28؛ فهرس الملاحظات Defrénois، 1987، البند 33913، صفحة 398، رقم 10، ملاحظة J. L. Aubert. المقارنة بين العقد الموقع والإيجاب للتعاقد من شأنها خلق التباس يجعل التفسير ضرورياً، وكما بيّن السيد Aubert يسوّغها هذا الحل لأن من أرسل إليه الإيجاب كان قد قبل الإيجاب بلا قيد أو شرط ولأن العقد الخطي لم يستعد بعض الاشتراطات في حين أن الأمر كان يتعلق بعقد توافقي.

(3) T. Ivainer, La lettre، المقالة الآنفة الذكر، رقم 48.

وردت الطعن[1]. وكان الاشتراط واضحاً في حد ذاته تماماً، غير أنه غدا ملتبساً عقب تعديل للمنطوق الواجب تطبيقه عليه.

كما قرر حكم صدر في 11 حزيران 1942[2] إن شرطاً يعطي اختصاصاً إقليمياً، واضحاً ودقيقاً، يمكن استبعاده طالما أن قضاة الأساس بيّنوا أن «الشرط المذكور لم يكن في ذهن المتعاقدين داخلاً في اتفاقيتهما إلاّ أن يطبق في الزمن العادي وليس في الحالة التي يكون ثمة خط تماس يفصل إقليم فرنسا إلى منطقتين، وهي حالة القضية الراهنة». وبالطبع تمسك هذا الحكم بنظرية إعادة النظر لعدم التوقع. بيد أننا لسنا في هذا المجال، ذلك بأن الأمر لم يكن متعلقاً في الحالة الراهنة بإقامة التوازن المالي بتعديل موجبات الفريقين تحت غطاء تفسير إرادتهما المشتركة[3].

26 ـ العلاقات بين التفسير ونظام الإثبات[4].

تأخذ محكمة النقض بمبدأين تكميليين: يجب على القاضي، عندما يكون العقد واضحاً ودقيقاً، أن يتقيد بصرامة بنظام الإثبات، وهذا ما يترجم تفوق إعلان الإرادة على الإرادة الداخلية. وبالمقابل، عندما يكون من الواجب تفسير العقد، تعترف محكمة النقض لقضاة الأساس بسلطة تجنب قواعد الإثبات. إنها ترفع منع الإثبات إضافة إلى المستند الخطي أو ضده[5]: القرائن والشهادات والإفادات هي مقبولة.

وينتج هذان المبدآن عن التوفيق بين ثلاث مواد من القانون المدني: 1134 و 1156 و 1341.

وهذا التوفيق بين المبدأين في بلجيكا انتقده السيد Causin[6]. فالفقه والاجتهاد البلجيكيان لا يستخدمان تعبير «التشويه» ويبدو أنه يجهل حتى هذه النظرية[7]. بيد أنه إذا قرأنا للمؤلف نتثبت أن الحلول قريبة من الحلول المتبناة في فرنسا ـ فقد كتب: عندما يوصل التفسير الحرفي إلى معنى محدد ومحافظ عليه يجب على القاضي أن لا يعطي العقد تفسيراً متوافقاً مع معنى العقد وحسب، بل عليه تطبيق المعنى المحافظ على معنى العقد. وعلى العكس، عندما يوصل التفسير الحرفي للعقد إلى حزمة معانٍ، كالمعنى المستعمل اعتيادياً

---

(1) نقض في مناسبة عريضة 31 تشرين الأول 1934، Sirey 1935، 1، /.

(2) نقض اجتماعي، 11 حزيران 1942، D.C. 1943، صفحة 135، ملاحظة J. Flour.

(3) انظر J. Ghestin et M. Billiau, Le prix dans les contrats de longue durée, L.G.D.J., 1990، مجموعة قانون الأعمال، رقم 74 وما يليه. انظر الرقم 264 اللاحق.

(4) انظر J. Deveze ملاحظة على حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 20 أيار 1981، Dalloz 1983، صفحة 283.

(5) انظر على سبيل المثال، النقض في مناسبة عريضة، 31 آذار 1886، Sirey 86، 1، 260.

(6) E. Causin, La preuve et l'interprétation en droit privé, in La preuve en droit, Ch. Perelman et P. Foriers بروكسل، برولانت 1981، صفحة 197 وما يليها، ولا سيما رقم 24 وما يليه، صفحة 217 وما يليها.

(7) J. Boré, Un centenaire، المقالة الآنفة الذكر، رقم 18، صفحة 257.

والمسيطر، وإلى معانٍ غير اعتيادية، ينبغي على المفسر أن يبحث عن إرادة المتعاقدين خارج العقد عبر وقائع مثبتة بشهادة أو قرينة». «فليس في وسع القاضي بالتالي على الإطلاق إعطاء عقد خطي تفسيراً يتعذر توفيقه مع معاني عبارات العقد، حتى وإن كانت لديه وقائع خارجية عن العقد مثبتة بالشهادات والقرائن»[1]. وقد انتقد المؤلف هذا المفهوم الذي تبنته محكمة النقض البلجيكية، وبقي مرتبطاً جداً بالتوافقية وبمبدأ سلطان الإرادة[2]. وهذا المفهوم يرتكز على مفهوم مغلوط لمبدأ الثقة الواجبة في العقود (المادة 1319 من القانون المدني). وحسب هذا المؤلف من غير الصحيح الاعتقاد بإثبات العقد أو بمنطوق العقد. فمواد الإثبات هي فقط «إبداء الإرادة المعدَّة لتحديد محتوى العقد» و«إظهار الارادة المعدّ لإبرام العقد» و «الوقائع التي تسوِّغ تطبيق منطوق العقد»[3]، وليس وجود العقد ومحتواه ومفاعيله التي هي قانونية وتعود، كما يشدد الكاتب على ذلك، إلى عملية الوصف. وقاعدة الثقة، المفهومة على هذا النحو، والواجبة في العقود تمنع قبول الإثبات عن طريق الشهادة أو القرينة على كذب إبداء الإرادة المعلن إلاّ أنها تسمح بقبول «البيّنة عن طريق الشهادات أو القرائن لإبداء آخر للإرادة، مما يتيح إقامة إرادة المتعاقدين الحقيقية، حتى ولو كانت هذه الإرادة في تمانع مع المعاني الحرفية لتعابير العقد»[4]. وهذه النتيجة، في نظامنا القانوني، يتم التوصل إليها بصورة غير مباشرة عندما تأخذ محكمة النقض بأن أحد العقود ذا التعابير المترابطة هو مع ذلك ملتبس عندما يقارن بمنطوق خارجي توخاه الطرفان إرادياً أم لا لدى تنفيذ موجباتهما[5].

وليس ثمة تفريق في القانون الوضعي ينبغي اللجوء إليه بين أن يكون العقد أحادي الجانب أو ثنائي الجانب.

وقد حكمت غرفة العرائض في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 13 كانون الأول 1906[6]، «بأنه إذا كان من الصحيح في القانون أن على القاضي أن يجد في الوصية وليس في مكان آخر متانة التبرعات وتعيين الأشخاص المستفيدين منها، فإن هذه القاعدة، وهي مجرد تطبيق مبدإ إن أي بند في وصية ما يقتضي أن يكون خطياً، لا تشكل عقبة أمام المحاكم، في حال وجود شك في المعنى الذي ربطته الوصية بالتعابير المعتاد استخدامها

(1) رقم 32، صفحة 223.
(2) رقم 33، صفحة 224.
(3) رقم 34، صفحة 225.
(4) رقم 36، صفحة 226.
(5) انظر الرقم 25 السابق.
(6) يوميات الكتابة العدل 1908، البند 29192، صفحة 100؛ Dalloz الدوري 1906، 1، 189 ـ وبالمعنى عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1904، يوميات الكتابة العدل، 1904، البند 28306؛ Dalloz الدوري 1904، 1، 294 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آذار 1897، يوميات الكتابة العدل 1897، البند 26395، صفحة 654؛ Dalloz الدوري 97، 1، 199.

لتعيين الأشخاص الذين يراد التبرع لهم، في سبيل أن تتثبت، عن طريق ظروف القضية، من أن النية كانت بالفعل كذلك». وهذا يعني الاعتراف بقبولية البيّنة الخارجية في شأن الوصية عندما ينجم التباس عن تعابيرها[1]. وقد ذكّرت محكمة النقض بالمبدإ في عام 1982 بتعيين أن في وسع قضاة الأساس الارتكاز على العادات المحلية في زمن كتابة المستند الخطي[2].

27 ـ تفسير العقد بشكل نزاعاً جدياً يجعل قاضي العجلة غير مختص.

عندما لا يكون وجود الموجب قابلاً للنزاع جدياً يستطيع قاضي العجلة، تطبيقاً للمادة 809، الفقرة 2، من مدوّنة الاجراء (أصول المحاكمة) المدنية، منح الدائن دفعة على الحساب والأمر بالتنفيذ. والاجتهاد مستقر في هذا الاتجاه بأن تفسيراً ضرورياً يشكل نزاعاً جدياً يجعل قاضي العجلة غير مختص[3]. وهذا الحل تم الأخذ به أيضاً سنداً للمادة 848 من مدونة الإجراء المدني الجديدة[4]. وبالعكس يكون قاضي العجلة مختصاً في تطبيق نصوص العقد الواضحة والدقيقة[5].

ب ـ ممارسة سلطة التفسير مفروضة بسبب التباس العقد

28 ـ تفرض محكمة النقض على قضاة الأساس تفسير عقد غامض أو ملتبس[6].

طرحت محكمة النقض في حكمها بتاريخ 7 كانون الثاني 1975 مبدأ موجب تفسير عقد مشوب بالالتباس[7]. كان فريقا عقد تنازل عن براءات قد حددا الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك لقسم منه استناداً إلى ثمن صفيحة فولاذ Martin ولقسم على أساس «مؤشر الأجر بالساعة للنشاطات جميعاً في فرنسا بأسرها»، أي على أساس المستوى العام للأجور في فرنسا بأسرها. وكان هذا المؤشر الأخير غير مشروع بالتأكيد استناداً إلى الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 (المعدل بالأمر الاشتراعي بتاريخ 4 شباط 1959)[8]. وهذا

---

(1) انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1956، النشرة المدنية I، رقم 274، صفحة 221.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1982، Dalloz 1982، صفحة 589، ملاحظة J. Prévault؛ النشرة المدنية، I، رقم 33، صفحة 28.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 نيسان 1989، النشرة المدنية، I رقم 157، صفحة 104 ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 45، صفحة 31.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 شباط 1988، النشرة المدنية، III رقم 34، صفحة 18 (تفسير شروط إيجار ونتائج تسليم رخصة بناء).

(5) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 5 أيار 1988، النشرة المدنية، V، رقم 274، صفحة 181 (اتفاقية جماعية) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، I رقم 394، صفحة 264 (وثيقة تأمين).

(6) J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1234 وما يليه.

(7) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1975، Dalloz 1975، صفحة 516، ملاحظة Ph. Malaurie؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II 18167، ملاحظة J. Ghestin.

(8) J. Ghestin et M. Billiau, Le prix dans les contrats de longue durée، رقم 49.

هو السبب الذي من أجله أبطلت محكمة استئناف باريس شرط تحديد الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك.

والحال أن الفريقين كانا قد استندا صراحة في صيغة موجزة إلى العناصر «المستخدمة في صيغ إعادة النظر في أسعار مولّدات الحرارة» التي كانت خاصيتها إنها منظمة من قبل السلطات العامة، مما يبدو أنه يضمن صحتها. كان يمكن أن يكون شرط تحديد الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك مستنسخاً عن الصيغة الرسمية بمنجى بالفعل من أي نزاع لو لم يكن الفريقان قد ارتكبا غلطة استبدال أجر الصناعة الميكانيكية الوارد في الصيغة الرسمية للمستوى العام للأجور.

وقد قدّرت محكمة استئناف باريس، من أجل إبطال الشرط، أن التحديد استناداً إلى مؤشر متحرك على أساس المستوى العام للأجور كان واضحاً ودقيقاً وأنه لم يكن بإمكانها اللجوء إلى التفسير، تحت طائلة التشويه، فاستنتجت من ذلك أن هذا المؤشر محظّر بالأمر الاشتراعي لعام 1958، وأنه لم تكن لها السلطة في أن تستبدل به مؤشراً غير شرعي مبنياً على أجر الصناعة الميكانيكية.

إلا أن حكم محكمة استئناف باريس جرى نقضه، ليس لأنه شوه العقد بل لأنه أكد بصورة غير صحيحة أنه كان «واضحاً ودقيقاً» واستنتجت من ذلك أنه لم يكن «مسموحاً للقضاة رفض مفعوله ولا تشويه الوجبات الناجمة عنه» في حين أن قضاة الاستئناف كان عليهم أن يبحثوا عن نية الفريقين المشتركة كما كانوا مدعوّين فيه إلى ذلك في طلبات أحد الفريقين. وبتعبير آخر لم يكن النقض مبنياً على تفسير تعسّفي للعقد وإنما على أساس رفض تفسير عقد وصف بإسراف أنه واضح ودقيق.

وفي حين يمكن الاعتقاد حتى هذا الحكم أن سلطة تفسير قضاة الأساس، أمام عقد يطالب بالتفسير، كانت سيدة أدخلت محكمة النقض رقابة إضافية: عندما يستدعي العقد تفسيراً ما لا يسع قضاة الأساس رفض ذلك، كما أنه ليس بإمكانهم تفسير عقد معناه واضح ودقيق.

وتسويغ هذه الرقابة أعلنته الغرفة التجارية في محكمة النقض.

فقد امتنع قضاة الاستئناف في أول الأمر عن البحث عن نيّة الفريقين المشتركة، وهو ما تأمر به المادة 1156 من القانون المدني. إن الحكم لا يورد بالتأكيد هذا النص صراحة، غير أن النقض مبني صراحة على رفض قضاة الاستئناف البحث عن نية الفريقين المشتركة كما يأمر به هذا النص[1].

كما أن الغرفة التجارية بينت أن شرط إعادة النظر المنظور إليه «في مجمله لم يكن واضحاً ولا دقيقاً» خلافاً للوصف الذي اعتمدته محكمة استئناف باريس. وهذا الغلط في

(1) انظر الرقم 34 اللاحق.

الوصف يسوّغ أيضاً رقابة محكمة النقض[1]. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أكدت لاحقاً رقابتها في شأن وضوح شرط متنازع فيه[2].

فالقاضي ملزم أيضاً في النهاية بتفسير اتفاقية ملتبسة. ولكن كيف عليه أن يلجأ إلى ذلك؟ إن مسألة توجيهات التفسير هي التي من المناسب التطرق إليها الآن.

الفقرة 2 ـ توجيهات التفسير

29 ـ يستطيع قضاة الأساس تفسير عقد غامض أو ملتبس حتى أن عليهم أن يقوموا بذلك. فهل يملكون لهذه الغاية توجيهات قابلة لأن ترشدهم؟ ان القانون المدني يحوي قسماً مكرساً «لتفسير الاتفاقيات». والقواعد الواردة فيه هي عامة. وإلى جانب هذه القواعد سن القانون أو محكمة النقض بعض التوجيهات الخاصة.

I ـ توجيهات القانون المدني العامة في التفسير[3]

30 ـ المصدر والمجال:

لم يكن ما قام به واضعو مدوّنة القانون المدني على الإطلاق في المواد 1156 وما يليها من القانون المدني مبتكراً. فقد اكتفوا بأن أخذوا عن القوانين المدنية Lois civiles لِـ Domat وعن المطوّل في الموجبات Traité des obligations لِـ Pothier قواعد تفسير هي نفسها متوافقة مع نص لِـ Digeste[4].

وتشكل توجيهات التفسير هذه القانون العام (Droit commun) للتفسير[5]. وهي تختص بالعقود الملزمة للطرفين والأعمال القانونية الأحادية الجانب، كالوصية، حتى ولو كانت مدونة القوانين، في صدد هذا العمل، تحوي أحكاماً خاصة[6].

بعد ذكر هذه التحديدات من المناسب تعداد توجيهات مدونة القانون المدني وتحليلها، ثم التطرق إلى قوتها الإلزامية.

---

(1) انظر الرقم 25 السابق.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 252، استخدام التعبير «أعلنت محكمة الاستئناف عن وجه حق أن الشرط المنازع فيه كان واضحاً».

(3) انظر: J. Dupichot, Pour un retour aux textes: défense et illustration du «petit guide - âne» des articles 1156 à 1164 du Code civil, Mélanges J. Flour، 1979، صفحة 179 وما يليها.

(4) A. Rieg، الأطروحة السالفة الذكر رقم 366، صفحة 359؛ Demolombe، المرجع عينه، رقم 2.

(5) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 874، صفحة 367 ـ Ph. Simler، المذكور آنفاً، رقم 57 وما يليه.

(6) تنص المادة 1023 من القانون المدني مثلاً على أن «الإيصاء الجاري للدائن لا يفترض أنه مقاصة لدينه، ولا الإيصاء للخادم مقاصة لأجوره».

أ ـ تعداد التوجيهات الذاتية وتحليلها:

31 ـ تنص المواد 1156 إلى 1158 و 1161 إلى 1164 من القانون المدني على توجيهات تفسير ذاتية.

تترجم المادة 1156 من القانون المدني هذه النزعة الذاتية بالشكل الأفضل: «يجب في الاتفاقيات البحث عما كانت عليه نية الفريقين المتعاقدين المشتركة، بدلاً من التوقف عند معنى التعابير الحرفي»[1]. وذلك كما قال Demolombe «قاعدة القواعد»[2]. فقد حدد هذا الأخير مداها بالعقود الغامضة والملتبسة لتجنب الوقوع في الكيفي. وترتكز الصعوبة كلها على العمل وفق خط تقسيم بين العقد الواضح والعقد الملتبس[3]. وليس للكلمات دائماً معنى موضوعي دقيق، ويضاف إلى ذلك أن بإمكان الفريقين استخدام تعبير ما لمعنى ليس بالضرورة هو معناه الموضوعي (عندما لا يكون له سوى معنى واحد)[4].

فقد قُدّمت المادة 1156 على أنها أساس نظام الإرادة الداخلية الذي يواجّه بنظام (ألماني) لإعلان الإرادة[5]. غير أن السيد Rieg بيّن أن المشترع الألماني أخذ بأن المبدأ الأساسي، المطبق في أي إعلان للإرادة، كان البحث عن الإرادة النفسانية، وبالتالي البحث عن الإرادة الداخلية، كما في القانون الفرنسي، وأن «الرجوع إلى مبادىء حسن النية والعادات يرسم للقاضي خطاً موجّهاً استطرادياً»، بالنسبة إلى العقود[6]. والمشترع الألماني أخيراً اختار مبدأ عاماً للتفسير الذاتي (الفقرة 133 من القانون المدني)، ومبدأ استطرادياً للتفسير الموضوعي (الفقرة 157 من القانون المدني). والحال أن الفقه هو الذي وضع هاتين القاعدتين على قدم المساواة وأخذ بأن مبدأ إعلان الإرادة يتجاوز مجال العقود المحصور، لكي يطبّق على «جميع الأعمال» المماثلة للعقود. وهذه القاعدة تحولت من ثانوية إلى رئيسية. بيد أن الاجتهاد الألماني يتضمن فروقاً دقيقة أكثر من غيره كما هو الحال في الاجتهاد الفرنسي.

والمادتان 1157 و 1158 مؤسستان على الفكرة في أن المتعاقدين هم أشخاص عاقلون. وهكذا، وحسب النص الأول، ينبغي أن يُفهم اشتراط قابل لعدة معانٍ في المعنى

---

(1) كان Domat يعلّم أن «الاتفاقيات يجب أن تصاغ بالرضا المتبادل للذين يتعاملون معاً، وعلى كل واحد أن يشرح فيها بصدق ووضوح ما يعد به و ما يطالب به. ويجري تفسير ما يمكن أن تحويه الاتفاقية من غموض وشك عن طريق نية الفريقين المشتركة». وفي صدد الاتفاقيات على وجه العموم، القسم II، والمبادىء التي تتبع طبيعة الاتفاقيات، وفي قواعد تفسيرها، الفقرة VIII، صفحة 22، وفي الفقرة XI، يبين أنه «ينبغي، إذا كانت تعابير الاتفاقية تبدو متناقضة مع نية الفريقين، البديهية إضافة إلى ذلك، اتباع هذه النية بالأولى دون التعابير».

(2) المذكور سابقاً، رقم 3، صفحة 4.

(3) انظر الرقم 25 السابق.

(4) انظر Demolombe، المرجع عينه، رقم 5 صفحة 5 وما يليها.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 385 وما يليه.

(6) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 378، صفحة 371.

الـذي يـمـكـن فـيـه أن يـنـتـج مـفـعـولاً (actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat). ويجري الكلام في صدد هذا النص على «تفسير يضفي الصحة»[1]. وحسب النص الثاني يجب أخذ التعابير القابلة لمعنيين في المعنى الذي يكون أكثر تناسباً مع مادة العقد. وقد سوغ Demelombe هذه القاعدة الأخيرة عن طريق التساؤل: «أليس من الطبيعي بالفعل الاعتقاد أن الفريقين يتوخيان التقيد بالقانون العام (Droit commun) عندما لا يعلنان نيتهما في الابتعاد عنه؟»[2]. إن المقصود دائماً في هذه الرؤية الرجوع إلى نية الفريقين المشتركة باعتبار أنه يفترض دائماً أن تكون في هذا المعنى وليس في ذاك، مما يضفي على هذا التوجيه صبغة ذاتية[3].

والمؤلفون ليسوا على اتفاق حول معرفة ما إذا كانت المادة 1159 التي بمقتضاها لا يفسَّر ما هو ملتبس، عن طريق العادة في البلد حيث أبرم العقد، مرتبطة بطريقة ذاتية أو بطريقة موضوعية. والإسناد إلى العادات، في عرف السيد Boyer، هو بالضرورة خارجي عن إرادة الفريقين[4]. وبالعكس، حسب السيد Dupichot المادة 1159 هي نتيجة طبيعية (لازمة) للمادة 1156. ويرتكز البرهان على القول إن هذا النص يهدف إلى تبيان إرادة معبّر عنها وليس إلى معالجة غياب تام للتصريح عن الإرادة[5]. ويمكن التقدير أنهما تكميليتان بدلاً من اعتبار هذين المفهومين متعارضين. وهذا يبين أن التفسير الذاتي (الإعلاني) وأن التفسير الموضوعي (التكويني) لا يستبعد أحدهما الآخر احيانا. هناك بالضرورة نوع من الأرض القفراء. وفي هذا المنطوق من الصعب معرفة ما إذا كانت محكمة النقض تلجأ إلى رقابة أم لا (غير الرقابة بحدها الأدنى)[6].

وقد جرى التشديد، من وجهة نظر أخرى، على الطابع التعس للإسناد الجغرافي، ذلك بأن مكان إبرام العقد ليس له مدلول بالضرورة[7].

وتنص المادة 1161 من القانون المدني على: «أن جميع شروط الاتفاقيات يفسر بعضها بعضها الآخر بإعطاء كل منها المعنى الناجم عن العقد بأكلمه»[8]. ومن المسموح به

---

(1) انظر Ph. Simler المذكور سابقاً، رقم 40. يورد المؤلف في هذا الصدد قرارات فسرت المحاكم فيها نصوص الوصايا لكي تجعلها بمنجى من حظر الاستبدال.

(2) المرجع عينه، رقم 15، صفحة 14.

(3) انظر J. Dupichot، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 194: «عندما يكون إعلان الإرادة مقتبساً يتم تفسيره عن طريق عنصر موضوعي أي مادة العقد أو روحية العقد (التي ليست بالضرورة النية الحقيقية التي ارتبطت بالشرط المحدد الذي يجري تفسيره)».

(4) موسوعة Dalloz، النص المذكور سابقاً، رقم 254.

(5) النص المذكور سابقاً، رقم 9، صفحة 188.

(6) انظر الرقم 42 اللاحق.

(7) J. Dupichot، المرجع عينه والاستشهاد ذاته ـ Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 44، الذي لاحظ أن الإسناد هو بدون نتيجة ما دام أن الأمر لا يتعلق إلاّ بمجرد نصيحة للقاضي.

(8) Domat المرجع عينه، الفقرة X، وهو يضيف أنه كان من الواجب الأخذ في الاعتبار أيضاً ما كان وارداً في المقدمات.

أن نرى في هذه القاعدة إظهاراً للنزعة الذاتية[1]. إن تفحص مجمل الاشتراطات يتيح وحده البحث عن إرادة الفريقين المشتركة بصورة مفيدة. وثمة تشديد على أنه من المفترض أن الفريقين غير متناقضين[2]. وترتيب الشروط الوارد في الوثيقة لا يمكن أن يكون إلا دلالة لا أكثر ولا أقل، ذلك بأن الطريقة ليست الصفة الأولى لمنظمي العقود[3].

وقد حكمت محكمة استئناف باريس في حكم ملفت بتاريخ 27 تشرين الثاني 1991[4] بأن المادة 1161 واجبة التطبيق بشكل أساسي في الاتفاقيات المحررة باتفاق الفريقين المشترك؛ ولم يكن ذلك حالة عقد التأمين الذي وضعه المؤمِّن بكامله. واستنتج من ذلك أن هناك مجالاً لتطبيق المادة 1162 من القانون المدني.

ويبدو أن المادة 1162 هي نص ـ موضوعي[5] ـ لصالح المدين المعتبر أنه في حالة دونية[6]: «تفسَّر الاتفاقية، في حالة الشك، ضد من اشترط ولصالح من تعاقد على الموجب»، وتحوي المادة 1602 من القانون المدني نصاً شاذاً لصالح الشاري. فالبائع بالفعل ملزم بأن يشرح ما يلتزم به بوضوح. وكل اتفاق غامض أو ملتبس يفسَّر ضده[7]. وبذلك فإن الطابع الموضوعي لقاعدة القانون العام (Droit commun) تكون ملطفة، في عرف بعضهم، بالملاحظة أن الدائن الذي توخى اكتساب حق ما لم يكن ليتخلف عن وضعه خطياً إذا كان المدين قد وافق فعلياً على إعطاء هذه الصيغة[8]. وفي عرف مؤلف آخر ليست المادة 1162 سوى نتيجة وضع عبء الإثبات على العاتق (المادة 1315 من القانون المدني)[9].

وقد اقترح Dupichot «ترسيخ التيار الاجتهادي النازع إلى تفسير الشروط الملتبسة أو

---

(1) انظر بهذا المعنى Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 45 ولاسيما، الرقم 47 ـ انظر مع ذلك S. Dupichot المذكور آنفاً الذي يتفحص هذه المادة تحت عنوان التفسير الموضوعي، رقم 17، صفحة 195.

(2) J. Flour et J. L. Aubert، الموجبات، المجلد I، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 393.

(3) انظر بهذا المعنى Demolombe، المرجع عينه، رقم 22، صفحة 24.

(4) Dalloz 1992، الصفحة 69 من التقرير.

(5) Ph. Simler، المذكور سابقاً، رقم 48 ـ G. Marty et Ph. Raynaud، المرجع عينه، رقم 243، وهما يريان في هذا النص قاعدة إنصاف.

(6) انظر Ph. Simler المذكور سابقاً، الأرقام 49 إلى 52.

(7) تجد أيضاً لدى Domat مصدر هذه الأحكام التي بني أساسها على حسن النية: الفقرة XII: «غموض الشروط وعدم يقينها الملزمان يفسران لصالح من التزم ويجب تقليص الموجب إلى المعنى الذي يُنقصها، وذلك بأن من يلتزم لا يريد الأقل وكان على الآخر أن يشرح بوضوح ما يدعيه. بيد أنه إذا كانت قواعد أخرى تفرض التفسير ضد من هو ملزم، كما في حالة المادة التالية، فيتم توسيع الموجب حسب الظروف. وينبغي على العموم، عندما يكون التعهد مفهوماً، أن لا يؤدي توسيعه ولا تقليصه إلى ضرر أحدهم لتمييز الآخر». الفقرة XIV: «إذا كان الغموض، أو الالتباس، أو أي عيب آخر في التعبير، له مفعول سوء النية أو خطأ من عليه شرح نيته، يكون التفسير ضده لأنه كان عليه أن يشرح بوضوح ما يتوخاه. وهكذا عندما يستخدم البائع تعبيراً ملتبساً حول صفات الشيء المباع فإن التفسير يكون ضده». إن فعلية هذه القواعد لا تحتاج إلى الإثبات. والقانون المعاصر للاستهلاك والتأمينات يستوحي مباشرة هذه التوجهات.

(8) J. Flour et J. L. Aubert المرجع عينه والاستشهاد ذاته.

(9) Demolombe، المرجع عينه، رقم 24، صفحة 27 وصفحة 28.

غير المقروءة ضد منظم العقد (عقد الإذعان) وليس ضد الدائن على المادة 1162»[1].
ولاحظ المؤلف، في عودة إلى الماضي، أن التوجيه الوارد في المادة 1162، كان مطبقاً في روما في صدد العقود الشكلية ـ التي كانت أحادية الجانب ـ وليس في شأن العقود التوافقية: «كان الأمر يتعلق بتفسير أي التباس ضد من سبق أن وضع صيغة التسلسل الشعائري» وليس تفسير أي عقد كان ضد الدائن. يضاف إلى ذلك أن المؤلف يأخذ بأن المادة 1162 هي أيضاً مبنية على قواعد عبء الإثبات. واستنتج من ذلك أنه من الممكن، لأن القانون الوضعي هو في اتجاه معاكس، تطبيق المادة 1162 في تفسير عقود الإذعان، فالعقد ينبغي أن يفسر ضد من نظمه. إن الطرح ملفت إلاّ أن مجاله محدود لأن عقود الإذعان ليست كلها منظمة من قبل أحد المتعاقدين[2].

ويقضي تقريب المادة 1192 من المادة 5 من توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية C.E.E رقم 93 ـ 13 لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ 5 نيسان 1993[3]، وبمقتضى هذا النص: «التفسير الأفضل للمستهلك يتغلب في حالة الشك في معنى شرط ما». وهذه القاعدة منفصلة عن شخص منظم العقد وإنما مرتبطة بعرض السيد Dupichot بلا نزاع. ومن المفيد ملاحظة أن حماية المستهلك تقتبس طريقة التقنية في التفسير، مما يجدد مسألة القوة الملزمة لهذه المعايير[4]. وينبغي كذلك ملاحظة أن المادة 5 من التوجيه ليست نقلاً للمادة 1162 وإنما بالأحرى نقلاً للمادة 1602 ذلك بأن المهنيّ يكون عموماً من تعاقد على الموجب[5].

والمادة 1163 من القانون المدني مجرد إحالة إلى المادة 1156[6]: لا تحوي الاتفاقية إلا الأشياء التي يبدو أن الفريقين تعاقدا عليها. فإرادة الفريقين المشتركة إذاً هي التي يجب الرجوع إليها. وهذه الفكرة موجودة في المواد 2048 إلى 2051 المتعلقة بالمصالحات.

وتنص المادة 1164 من القانون المدني أخيراً على توجيه أخير ذي استيحاء ذاتي: «عندما يتم التعبير في أحد العقود عن حالة لتفسير الموجب لا يفترض أن المراد كان تقليص المدى الذي يتلقاه الموجب قانوناً إلى الحالات غير المعبّر عنها».

---

(1) المقالة المذكورة سابقة رقم 23. انظر أيضاً في هذا الاتجاه، Lopez Santa Maria, Les systèmes d'interprétation des contrats، أطروحة في باريس، 1978، رقم 49، صفحة 158، بيد أن المؤلف لا يعتبر أن الأمر يتعلق بالمعنى العادي للقاعدة.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 82 وما يليه.

(3) Dalloz 1993، صفحة 360. انظر M. Trochu, Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93 - 13 - CEE du Conseil du 5 avril 1993)، Dalloz 1993 ,L XXX، صفحة 315 وما يليها.

(4) انظر الرقم 32 اللاحق وما يليه.

(5) انظر الرقم 37.

(6) انظر بهذا المعنى Demolombe، المرجع عينه، رقم 30، صفحة 35. وعلى نقيض ذلك: J. Dupichot، المقالة السالفة الذكر، رقم 12، صفحة 190 وما يليها.

وبالنسبة إلى عدد النصوص المكرسة للتفسير وإلى دقتها ثمة انطباع قوي أن واضعي مدونة القانون المدني أرادوا وضع سلطات القاضي في إطار ضيق. على أننا سوف نرى أن محكمة النقض، بإنكارها الطابع الآمر لقواعد التفسير هذه إلى حد ما، زادت من إمكانيات أبحاث المحاكم.

ب ـ القوة الملزمة للتوجيهات الذاتية

32 ـ يكرس غياب القوة الملزمة لتوجيهات التفسير الذاتية كمبدإ.

إن توجيهات التفسير، حسب محكمة النقض، مجرد نصائح تعطى للقاضي: بتعبير آخر بإمكان القاضي الرجوع إليها بيد أنه غير ملزم بالتقيد بها. وقد جرى منذ عام 1807 الحكم «بأنه لا يمكن أن يكون هناك مخالفة للمواد 1157 و 1158 و 1161 من القانون المدني المتضمنة بالأحرى نصائح معطاة للقضاة في شأن تفسير العقود وهي ليست قواعد أشد صلابة وأكثر إمرة وظروفها، حتى الأشد، لا تسمح لهم بالابتعاد عنها»[1]. ومنذ ذلك الوقت لم يتغير مذهب محكمة النقض[2]. فقد أكدت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض من جديد، في عام 1981، هذا الحل المبدئي بحكمها بأن المادتين 1156 و 1161 من القانون المدني تصوغان، من أجل تفسير الاتفاقيات، قواعد ليس فيها طابع آمر ولا يكفي التنكر الاحتمالي، لها وحدها، لإعطاء إمكانية النقض[3]. وفي السنة عينها حكمت الغرفة التجارية بأن المواد 1161 1162 و 1163 من القانون المدني لا طابع آمر[4] لها.

---

(1) نقض في مناسبة عريضة 18 آذار 1807، Sirey 1807، I، 361؛ Dalloz 1807، I، 241.

(2) نقض في مناسبة عريضة 24 شباط 1868، Dalloz الدوري 68، 1، 308: «ليس للمواد المذكورة سالفاً (المادة 1156 وما يليها) طابع آخر، وهي تشكل بطبيعتها نصائح أعطاها المشترع للقضاة لتفسير الاتفاقية، إنها ليست قواعد مطلقة يؤدي تفسيرها إلى إبطال الحكم الذي كرسها» ـ نقض في مناسبة عريضة 13 شباط 1883، Sirey 83، I، 466 (المادة 1162 والمواد الواردة في قسم المدوّنة) ـ نقض في مناسبة عريضة 16 شباط 1892، Dalloz الدوري 92، 1، 248 (حل محدود بالمادة 1156 من القانون المدني) ـ نقض في مناسبة عريضة 16 شباط 1892، Sirey 93، 1، 409 (في صدد المادة 1156 من القانون المدني) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1948 (غياب الطابع الأمر للمادة 1162 من القانون المدني)، مجلة قصر العدل، 1948، 2، 41؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 468، ملاحظة H. et L. Mazeaud ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1962، النشرة المدنية I، رقم 96، صفحة 84 (المادة 1162 من القانون المدني التي وضعتها محكمة النقض «بنص بديل») ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الأول 1961، النشرة المدنية، I، رقم 464، صفحة 368 (المادة 1156 وما يليها) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1962، النشرة المدنية، I رقم 96، صفحة 84 (المادة 1162) ـ الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 شباط 1975، النشرة المدنية V، رقم 93، صفحة 85؛ Dalloz 1976، صفحة 142، ملاحظة J. Serra (في شأن المادة 1162 من القانون المدني، غير أن محكمة الاستئناف طبقت المادتين 1156 و 1157 من القانون المدني)، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 آذار 1979، Dalloz 1979، الصفحة 396 من التقرير.

(3) الغرفة الاجتماعية آخر حزيران 1981، النشرة المدنية V، رقم 490، صفحة 369.

(4) الغرفة التجارية، 19 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية IV، رقم 34، صفحة 25.

وقد لوحظ أن مبادىء التفسير بكونها مجردة من الإقرار لا يمكن وضعها في فئات القواعد القانونية. ولا يتعلق الأمر أيضاً بالقواعد البديلة ذلك بأنها اختيارية وحسب ولا تفرض نفسها[1].

ولغياب القوة الملزمة للمواد 1156 وما يليها من القانون المدني النتيجة بأنه من المسموح به للقاضي، لتوضيح قراره، البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفريقين المقحم في القضية البحث عن معلومات دون أن يواجه بمبدإ المفعول النسبي للعقود[2].

غير أننا سوف نتثبت من أن مبدأ غياب القوة الملزمة للتوجيهات العامة للقانون المدني هو في الحقيقة مطلق بدرجة أقل بكثير مما يبدو فيه للوهلة الأولى. وبالفعل غالباً ما تفرض محكمة النقض على القاضي البحث عن إرادة الفريقين المشتركة (المادة 1156 من القانون المدني)[3]، ولا سيما عن طريق التشويه بسبب الإغفال إذ تتوخى فرض احترام حرفية المادة 1161 من القانون المدني[4]، أي إن على القاضي مع ذلك التقيد «بنصائح التفسير».

33 ـ على أن غياب القوة الآمرة لتوجيهات التفسير يحوي تلطيفاً هاماً في حالات ثلاث.

تفرض محكمة النقض، في المقام الأول، على قضاة الأساس، الرجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة؛ وتفرض في المقام الثاني الأخذ في الحسبان شروط العقد جميعاً، وفي المقام الثالث تفسير عقد البيع الغامض ضد البائع.

34 ـ تفرض محكمة النقض على قضاة الأساس الرجوع إلى نية الفريقين المشتركة.

طرحت محكمة النقض في حكمها بتاريخ 20 كانون الثاني 1970[5] ـ سنداً للمادة 1156 من القانون المدني ـ مبدأ أن تفسير العقد يجب أن يتم بالرجوع إلى إرادة الفريقين المتعاقدين المشتركة. وبالتالي لا يسع قضاة الأساس، من أجل تفسير الاتفاقيات، أن يأخذوا فقط بإرادة أحد الفريقين وحسب بدون التعرض للنقض[6].

وقد لوحظ بصواب أن هذا الاجتهاد يلطف الاجتهاد الذي ينكر على المواد 1156 وما يليها أي طابع إلزامي[7].

---

(1) Y. Paclot، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 256، الملاحظة 2.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 أيار 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 17193، الملاحظة P.L.. انظر الرقم 561 اللاحق.

(3) انظر الرقم 34 اللاحق.

(4) انظر الرقم 36 اللاحق.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الثاني 1970، النشرة المدنية، I، رقم 24، صفحة 20.

(6) هذا الحكم قدمه Y. Paclot في أطروحته السالفة الذكر، رقم 258 كحكم في حالة خاصة. كان الأمر يتعلق بحادث ما إذا صح القول.

(7) G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، رقم 244 ـ La cassation ،J. Boré المذكور آنفاً، رقم 1237.

ولا يمكن للمحكمة بالأحرى أن تحل محل الفريقين؛ وهكذا لاتستطيع، في حالة النزاع على بدل إيجار يلي تنظيم عقدين مختلفين، أن تحدد الثمن بأن تأمر في هذا الشأن بإجراء خبرة، «وإنما يمكنها فقط أن تختار بين الثمنين الواردين في العقدين تبعاً لنية الفريقين»، ذلك بأن الخبرة لا يمكن أن يكون لها موضوع سوى أنها تتيح للقاضي القيام بهذا الخيار[1]. وقد نقضت محكمة النقض بتاريخ 17 أيار 1988، استناداً إلى المواد 1134 و 1156 و 1159 من القانون المدني، حكماً استند فقط إلى العادات لتفسير العقد: «من حيث أن المحكمة، بتفسيرها الشرط المتنازع فيه حسب إحدى العادات، بدون التثبت من أن الفريقين توخيا الأخذ بها صراحة، لم تعطِ قرارها الأساس القانوني»[2].

وقد رؤي في النهنية عينها أن قضاة الأساس ينبغي أن لا يطبقوا المبدأ الذي يزعم أن شرطاً شاذاً عن القانون العام (Droit commun) يدعو إلى تفسير حصري لنصوصه[3]، طالما أن القاعدة هي البحث عن إرادة الفريقين المشتركة. وذلك ينطوي على فارق مع تفسير القانون[4].

وهكذا تغلّب محكمة النقض التفسير الذاتي غير أنها لا تراقب بالطبع نتائج الأبحاث التي يقوم بها قضاة الوقائع[5].

وينبغي، من حيث المبدإ، تقدير نيّة الفريقين المشتركة في يوم إبرام العقد. وفي سبيل ذلك في وسع القاضي أن يأخذ في الاعتبار عناصر لاحقة لتكوين العقد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض بتاريخ 13 كانون الأول 1988 «بأن قضاة الأساس لا يمتنع عليهم، من أجل تحديد ما كانت عليه نيّة الفريقين المشتركة في عقد ما، بيان مسلك

---

(1) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 تشرين الثاني 1964 النشرة المدنية، IV، رقم 777، صفحة 641.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 167، صفحة 116. انظر حول تفسير العقد بالإسناد إلى معايير تقنية ومهنية، تكوين العقد، رقم 418.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 كانون الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 51، صفحة 38.

(4) طبقت محكمة النقض القول المأثور الاستثناء هو في حدود القانون في شأن التحديد على أساس مؤشر متحرك اتفاقياً إذ رأت أن أحكام الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 المعدلة بالأمر الاشتراعي بتاريخ 4 شباط 1959 يجب أن تفسر حصرياً بأنها شاذة عن حرية الاتفاقيات، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط 1972، Dalloz 1972 صفحة 339؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17094، ملاحظة Lévy. وبالمعنى عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، I، رقم 276، صفحة 237. انظر... J. Ghestin et Billiau, Le prix، رقم 51.

(5) J. Boré, La cassation، المذكور آنفاً، رقم 2405؛ Un centenaire، رقم 73، صفحة 281 «لا تمارس محكمة النقض رقابة قيمة أسباب التسويغ الواقعية التي استنتجها قاضي الأساس سنداً للتفسير الذي اختاره» (الأحرف المائلة في النص). والتعليل معتمد في صدد درس التشويه، ولكنه مطبق حسب مقتضى الظروف. انظر على سبيل المثالي الحديث للاعتراف لقضاة الأساس بسلطة سيدة في تقدير إرادة الفريقين المشتركة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 90، صفحة 58.

المتعاقدين اللاحق»[1]. وهذا الحل يندرج في تمديد الاجتهاد الذي يأخذ بأن بإمكان القاضي الرجوع إلى وقائع لاحقة لإبرام العقد ليستنتج منها خداع أحد الفريقين (أو تدليسه)[2] أو ارتكاب خطإ ما[3]. وهو يتعلق أيضاً بالاجتهاد الذي يقبل أن التباس عقد ما يكن أن ينجم عن ظروف تنفيذه[4].

ويتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة أحياناً للقضاة «تعديل» الاشتراطات التي لا يبدو أن معناها مشكوك فيه مع ذلك.

وقد ينص شرط تحكيم على أن كل فريق يسمي حَكَمه وفي حالة الخلاف بين الحَكَمين يجب اختيار حَكَم ثالث من قبلهما أو تسميته من قبل رئيس محكمة التجارة بناءً على مجرد التماس من الحَكَمَين أو من أحدهما. وقد تم العمل بالشرط التحكيمي ونشأ خلاف بين الحكمين. غير أن أحد الفريقين حل محل الحكين ليطلب إلى رئيس المحكمة تسمية حكم ثالث. فنازع أحد الفريقين في هذه المبادرة ذلك بأن الحكمين وحدهما كانت لهما إمكانية إثارة هذه التسمية. وقد أيدت محكمة النقض، في 15 أيار 1979[5]، قضاة الأساس في رد هذه المنازعة: فقد أخذ قضاة الأساس بالفعل بأن الفريقين، بانضمامهما إلى الشرط التحكيمي، «أبديا بشكل أساسي إرادتهما في البت بالنزاع المحتمل عن الطريق التحكيمية، وفي حالة الخلاف بين الحكمين المختارين من قبلهما تسمية حكم ثالث من قبل رئيس محكمة التجارة»، وكانت محكمة الاستئناف قد قدّرت بالتالي بأنه «عند إبرام هذا الاتفاق لم يكن يهمّ الفريقين تعيين حكم ثالث بناءً على طلب هذا الحكَم أو ذاك أو طلب هذا الفريق أو ذاك، طالما أنه لا فائدة من صفة الطالب ولم يكن من شأن ذلك التأثير في القرار الذي ينبغي أن يتخذه القاضي القنصلي المكلف القيام بالتسمية». وبالتالي فإن محكمة الاستئناف، في عرف محكمة النقض، لم تعدّل اشتراطات الفريقين وإنما بحثت عن إرادتهما المشتركة وحسب.

ومهما قالت محكمة النقض في ذلك فإن هناك تعديلاً بالفعل في اشتراطات العقد لفتح إمكانية استبدال تتيح إثارة تسمية حكم ثالث. ومما له مدلوله بيان أن محكمة النقض لم تسوّغ قرارها بإثارة أي التباس في شرط تسمية الحكام. وبالفعل يتراءى خلف إرادة الفريقين المشتركة بحث عن منفعة العقد الاجتماعية يتوافق مع حسن النية (في تنفيذ العقد).

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 352، صفحة 239 ـ وبالمعنى عينه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I رقم 317، صفحة 220. انظر الغرفة المدنية الثالثة، 5 شباط 1971، Dalloz 1971 صفحة 281، تقرير Cornuey الذي استشهد بحكم الغرفة المدنية الثالثة 7 أيار 1956 و 14 آذار 1955.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 552.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 492.

(4) انظر الرقم-25 السابق.

(5) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 154، صفحة 123.

وبالفعل كان الحكمان في القضية الراهنة قد بيّنا خلافهما وقررا تقديم التماس لتسمية حكم ثالث. غير أن هذا الالتماس لم يقدَّم على الإطلاق. وبالتالي قدّم أحد الفريقين للتغلب على جمود الحكمين الالتماس بنفسه. ولكي تكون للشرط التحكيمي مفاعيله كان ينبغي إذاً الإذن باستبدال هذا الشخص الذي له صفة إثارة تسمية حكم ثالث. وكان حسن النية يفرض أن يقبل الفريق الثاني هذا الاستبدال.

وما هو موضع انتقاد أخيراً ليس النتيجة التي توصّل إليها القضاة بل الطريقة المستخدمة. كان من الممكن بالفعل تماماً اللجوء إلى طريقة تفسير موضوعية خالية من أي بحث عن إرادة الفريقين المشتركة، ذلك بأن محكمة الاستئناف لم تشوّه اتفاقية الفريقين، بل على العكس جعلتها تنتج مفاعيلها[1]. وكان بالإمكان الاستناد إلى المادة 1135 من القانون المدني بشكل مفيد.

35 ـ لا يتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة، من حيث المبدإ، استبعاد الشروط المسماة «شروط الأسلوب».

هل يتيح البحث عن إرادة الفريقين المشتركة اعتبار الشروط التي تُنعت «بشروط الأسلوب» غير ذات فعالية[2]؟.

من الضروري، قبل الإجابة على هذا السؤال، تحديد مفهوم «شرط الأسلوب». ثمة غموض يخيم في هذا الشأن إلى درجة أنه بالإمكان التساؤل عما إذا كان هذا المفهوم ذاته هو مبدأ قانوني[3]. إن أفكار القِدم والمنفعة والعادة المستقرة هي التي تثار أحياناً لتمييز شرط الأسلوب. فبالنسبة إلى Demogue إن واقع كون الشرط لا يتلقى أي تفسير هو الذي بالأحرى يتيح وصف «الأسلوب»[4]. بيد أنه يبدو أن ارتباط الشرط بالإرادة هو الذي يتيح وصفاً كهذا[5]. ويقول السيد Denis[6] «شرط الأسلوب هو الشرط الذي لم يرده الفريقان». إن مفعول قوة العادة هو في هذا التحليل؛ فالمتعاقدان (أو أحدهما على الأقل) لم يعيرا انتباههما بعض الصيغ التي استعملاها. ووصف «شرط الأسلوب» المستنتج من البحث عن إرادة الفريقين الحقيقية، إذا ما تبنينا وجهة النظر هذه، يجب أن يؤدي إلى اللافعالية: لم يكن هناك اتفاق على الشرط. وهكذا ينتقل النقاش إذ ذاك إلى أرضية الإثبات، الإثبات السلبي

---

(1) انظر الرقم 50 اللاحق حول هذه المسألة.

(2) انظر Y. Paclot، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 291 وما يليه، صفحة 272 وما يليها.

(3) انظر D. Denis, La clause de style، دراسات ممنوحة لـ J. Flour صفحة 137 ـ P. Voirin، ملاحظة على حكم محكمة بوردو في 10 كانون الأول 1928، Dalloz الدوري 1929، 2، صفحة 23، حلقة المناقشة الثانية التي تنكر على شرط الأسلوب أي قيمة.

(4) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 486: «شرط تقليدي لم تكن للفريقين على الإطلاق نية تطبيقه جدياً».

(5) انظر Voirin، الملاحظة المذكورة سابقاً.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 123.

بالضرورة. غير أن هذا الإثبات يستحيل تقديمه عملياً أمام مستند خطي وقعه الفريقان ذلك بأن هناك مجالاً للافتراض أن الفريقين أرادا اشتراطات العقد جميعاً[1]. ووصف «شرط الأسلوب» أخيراً، لا يضيف شيئاً إذ لا يعني سوى مجرد خلاف على محتوى العقد عند تكوينه.

إلا أنه يبدو أن محكمة النقض لم تأخذ بهذا المفهوم لشرط الأسلوب طالما أن تبنّي هذا الوصف من قبل قضاة الأساس لا يسمح لهم برفض تطبيقه. إن لحكم 3 أيار 1968 له مدلوله: «أي شرط في العقد سواء أكان مألوفاً أو شرط استعمال ينتج مفعوله الطبيعي»[2].

فالحل إذاً جرى تأكيده تماماً على الأقل عندما يكون الشرط المسمى «شرط أسلوب» واضحاً ودقيقاً. والحكم المستشهد به سابقاً نقض حكم محكمة الاستئناف الذي استبعد تطبيق الشرط على أساس التشويه.

وبإمكان قضاة الأساس بالمقابل، عندما يكون العقد ملتبساً، وهم يبحثون عن إرادة الفريقين المشتركة، إهمال اشتراط «شكلي محض» يؤدي إلى وصف قانوني محدد للأخذ بشروط أخرى تثير وصفاً قانونياً آخر[3].

36 ـ تفرض محكمة النقض على قضاة الأساس الأخذ في الحسبان شروط العقد جميعاً.

على القاضي، حسب محكمة النقض، موجب الأخذ بالاعتبار شروط العقد جميعاً. وبعدم قيامه بذلك يرتكب تشويهاً عن طريق الإغفال[4]. وهكذا حُكم بأنه لا يعود إلى قضاة الأساس «غض النظر عن الشروط الواضحة والدقيقة في عقدين في تمانع مع تفسيرهم، في حين أنهم لا يبرهنون على تناقض يتعذر تقليصه بين الشروط المختلفة لهذه العقود»[5]. فالعقد كلٌ لا يمكن بتره.

وقد بيّن القسم المدني الأول في محكمة النقض في حكم بتاريخ 5 كانون الثاني 1956، من أجل رد الطعن، أن محكمة الاستئناف كانت أمام ضرورة «التوفيق بين نصوص شروط مختلفة في العقد كان يجب، لكونها واضحة ودقيقة في ذاتها، أخذها في مجملها»[6].

---

(1) Ph. Simler المذكور سابقاً، رقم 99، إضافة إلى D. Denis، المقالة السابقة الذكر، رقم 21، صفحة 131.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1968، النشرة المدنية، III، رقم 184، صفحة 146 ـ وبالمعنى عينه الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1971، النشرة المدنية، III، رقم 442، صفحة 316.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 8، صفحة 6.

(4) انظر J. Boré, La cassation المذكور سابقاً، رقم 241؛ Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 80 وما يليه، صفحة 284 وما يليها.

(5) نقض مدني في 5 كانون الثاني 1948، Dalloz 1948، صفحة 265، الملاحظة P.L.P. وبالمعنى عينه النقض المدني في 29 حزيران 1948، Dalloz 1948، صفحة 554.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، رقم 11، صفحة 9. =

وهذا يعني التأكيد بطريقة أخرى أن المحاكم ملزمة بتفسير شروط الاتفاقية بعضها عن طريق بعضها الآخر، وهذا الاجتهاد يلتقي مع الاجتهاد الذي يمنع على القضاة تعديل اتفاقيات الفرقاء تحت ذريعة الإنصاف. وهو يعطي إضافة إلى ذلك وبالضرورة نوعاً من القوة الملزمة للمادة 1161 من القانون المدني[1].

37 ـ تفرض الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض على قضاة الأساس الأخذ في الحسبان المادة 1602 من القانون المدني.

رأينا أن المادة 1602، المتعلقة بالبيع، تفرض على البائع شرح ما يلتزم به بوضوح، وأن كل عقد غامض أو ملتبس يفسَّر ضدّه، وأن هذا النص كان شواذاً عن المادة 1162. كما رأينا أن العديد من الأحكام ينكر على هذه المادة الأخيرة أي طابع آمر. ومن المنطقي أن الأمر هو على هذا النحو في ما يتعلق بالمادة 1602 كونها تشكل استثناء للمبدإ لا يغير طبيعة القاعدة.

والحال أن الغرفة المدنية الأولى نقضت في حكم 13 تشرين الأول 1993[2] حكماً سنداً للمادة 1602 من القانون المدني. كان الأمر يتعلق ببيع معدات معلوماتية. فقد اشترت إحدى الشركات من شركة أخرى مسماة «Start» حاسباً آلياً (او حاسوب) من علامة «4000 Start». وكان الفريقان قد اتفقا بموجب اتفاقية لاحقة على توسيع الجهاز إلى مئة مليون ثمانيّة (octets). والحال أنه بدا بعد التسليم أن السعة الحقيقية للجهاز كانت أدنى من ذلك. فتم الأمر بخبرة وشرح الخبير المعين أن هناك في الحقيقة «قياسين للسعة» «السعة الكامنة والسعة الحقيقية» التي أعلن الخبير أنها تساوي 54% فقط من السعة المتفق عليها بين الفريقين، عند ذلك قاضى الشاري البائع مطالباً بالعطل والضرر. وقد تمسكت شركة Starts بأن تعهدها لم يكن يتناول توسيعاً للسعة إلى مئة مليون ثمانيّة (octet) «جاهزة»، غير أن محكمة الاستئناف رفضت البت بهذه الصعوبة طالما أن المعدات توفي بالاستعمال الذي أُعدّ له الجهاز. وقد ردت محكمة الاستئناف دعوى الشاري بالتعويض.

وتقدّم هذا الشاري بطعن أمام محكمة النقض تم قبوله. ونقضت محكمة النقض في أول الأمر حكم قضاة الأساس الذين أصدروا حكمهم على أساس ضمان العيوب الخفية وحسب في حين أنهم تلقوا طلبات تتمسك بعدم مطابقة المواد للطلبة. ثم نقضت أيضاً حكم

= وبالمعنى عينه الغرفة المدنية الأولى، 26 تشرين الثاني 1958، النشرة المدنية، I، رقم 520، صفحة 424: «تفسير... أصبح ضرورياً بموجب التوفيق، استناداً إلى نية الفريقين، بين نصوص عدة شروط واضحة ودقيقة في ذاتها يجب التنسيق بينها وقد جعلت معنى العقد ومداه مأخوذين بمجملهما». أضف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1965، النشرة المدنية. I، رقم 306، صفحة 227.

(1) انظر الرقم 31 السابق.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 287، صفحة 198؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1994، I، 3757، صفحة 196 وصفحة 197، ملاحظة M. Billiau.

قضاة الأساس استناداً إلى المادة 1602 بالأخذ «بأن البائع ملزم بما تعهد به بشكل واضح، وأن كل عقد غامض وملتبس يفسَّر ضد البائع، وأن الحكم، بعد أن ذكّرت بالمنازعة التي أثارتها شركة start ضد رأي الخبير حول مدى تعهدها، أورد «أن قسيمة الطلبة لا تحدد هذه النقطة بدقة»، وأن محكمة الاستئناف بتوقفها عند هذا النزاع وحسب بدون البحث عما إذا كانت شركة start قد تقيدت بتطلبات النص المشار إليه لم تعطِ حكمها الأساس القانوني».

إن قيمة هذا الحكم يجب أن تقدّر بالنظر إلى عناصر عدة. ينبغي في المقام الأول التشديد على أن محكمة النقض لم تكن ملزمة على الإطلاق بإصدار حكمها استناداً إلى المواد 1602، والنقض المعلن استناداً إلى عدم مطابقة المواد كان يسوّغ لها وحدها رقابة كاملة للحكم. إن ذلك بيان ثمين يظهر أن الأمر يتعلق بحكم له مدى فقهي عدا الواقع إن الأمر يتعلق بحكم نقض.

ثم إن ما أوردته الغرفة المدنية الأولى لا يستند في الحقيقة إلى انتهاك المادة 1602. إنه يبيّن خداعاً وتنكّراً لموجب الإعلام الملقى على البائع. وقد كان مفهوماً على هذا النحو: «في حين أن الحكم في النهاية وفي أي حال لم يكن في وسعه تجنّب واقعة أن البائع جعل نفسه مذنباً تجاه مكتسب الملكية إن لم يكن بخداعه فعلى الأقل بتخلفه عن موجب النصيحة بعدم إعلام المستعمل حول الخاصية الأساسية للسعة الكامنة لجهازه، وأن الحكم قد انتهك بالتالي المادة 1147 من القانون المدني». من الواضح إذاً أن محكمة النقض قد عدّلت اللوم.

إن هذه الطريقة في المعالجة لها مدلولها بشكل خاص ذلك بأنها تبين أن ثمة روابط وثيقة بين نصوص المادة 1602 وموجب الإعلام[1]. يضاف إلى ذلك أن المادة 1602 موجب تقليدي لموجب الإعلام للبائع[2]. والحال أنه من المعروف أن موجب الإعلام يفرض نفسه كمعيار مسلك ويعاقب عليه بشكل مستقل.

ولا يمكن الاعتراف بهذا الموجب وفي الوقت عينه رفض إلزام البائع بأن يشرح «ما التزم به» بشكل واضح. وهكذا يعاقب موجب البائع بالإعلام في مادة البيع سنداً لنص نوعي يجعل الرجوع إلى المادة 1147 من القانون المدني لا طائل تحته. والرباط بين المفهومين في أي حال قائم بما فيه الكفاية، ذلك بأن محكمة النقض لم ترَ من المفيد اللجوء إلى إعادة المحاكمة كما تنص على ذلك المادة 1015 من مدّونة الإجراء المدني الجديدة عندما تأخذ تلقائياً بعنصر تسويغ.

وهكذا يمثّل الحكم بالتأكيد ثورة تنزع إلى الاعتراف للمادة 1602 من القانون المدني بقوة قاعدة قانونية ما دام أنها تصلح كدعم للنقض.

---

(1) انظر حول هذا الموجب M. Fabre - Magnan, De l'obligation de l'information dans les contrats، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1992، مقدمة J. Ghestin.

(2) J. Ghestin et B. Desché, La vente، رقم 663.

ويمكن بالتالي التساؤل عما إذا كانت المادة 1162 من القانون المدني، بمفعول صدقه عودة، ينبغي الاعتراف لها بقية متكافئة. ولا يمكن، بالإضافة إلى ذلك، أن نفهم بداهةً لماذا يكون الاستثناء (المادة 1602) آمراً في حين أن المبدأ لا يكون كذلك (المادة 1162). على أنه يجب ولا شك الأخذ في الحسبان أيضاً النصوص المجموعية، (الصادرة عن المجموعات الأوروبية) التي تعزز حماية المستهلك وتسير في اتجاه تعزيز موجبات المهني الذي يتعاقد على موجب وليس باتجاه التخفيف، وهذا هو موضوع المادة 1162.

إن المادة 5 من توجيه المجموعة الاقتصادية الأوروبية C.E.E رقم 93 ـ 13 لمجلس المجموعات الأوروبية بتاريخ 5 نيسان 1993[1]، تنص، كما رأينا، على أنه «في حالة الشك في معنى شرط ما يتفوق التفسير الأنسب للمستهلك».

غير أن مجال هذه المادة محدود ذلك بأن ما تنص عليه لا يطبق في ما يتعلق بالعمل بالإجراءات المبينة في المادة 7 الفقرة 2 من التوجيه التي تنص على أن أسباب التسويغ المبينة في الفقرة 1 «تحوي أحكاماً تتيح لأشخاص أو لمنظمات لها، حسب التشريع الوطني، مصلحة مشروعة في حماية المستهلكين في أن يراجعوا، بمقتضى القانون الوطني، المحاكم أو الأجهزة الإدارية المختصة في سبيل تحديد ما إذا كان للشروط العقدية المنظمة من أجل استعمال معمّم، طابع غير مألوف وتطبّق أسباب تسويغ مناسبة وفعّالة لوقف استخدام شروط كهذه». وينجم عن ذلك بداهة أن المادة 5 لا يمكن الاستناد إليها إلا من قبل مستهلك معزول في مناسبة دعوى خاصة.

والقاعدة التي تستبعد ضمناً، وإنما بالضرورة من المادة 5، في هذا التحفظ، هي مماثلة لقاعدة المادة 1602 من القانون المدني. وإذا كان المهني لا يشرح ما التزم به يفسر العقد ضده. ومن المؤسف أن نص التوجيه يتطرق فقط إلى المعاقبة بدون تعيين أساسها، أي طبيعة القاعدة المنتهكة. إلا أنه بإمكان المشترع الوطني في مناسبة نقل النص ادخال تحديد كهذا عن طريق استيحاء نص المادة 1602 من القانون المدني. ويكفي بيان أن «المهني ملزم بشرح ما يلتزم به بوضوح».

ولا تعود مسألة القوة الملزمة للمادة 1162، تجاه هذه الملاحظات، مطروحة إلا في العلاقات العقدية التي لا يكون فيها لأحد الفريقين صفة المستهلك. ويمكن أن يكون في شأن هذا الاعتبار تسويغ الحفاظ على الاجتهاد التقليدي.

ومبدأ غياب القوة الآمرة للمواد 1156 وما يليها من القانون المدني ينبغي أن يكون في النهاية إذاً موضع تفريق دقيق بقوة. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض وضعت بالنسبة إلى بعض العقود توجيهات خاصة للتفسير تُفرض على المحاكم.

(1) Dalloz 1993، صفحة 360.

II ـ توجيهات التفسير الخاصة

38 ـ تفرض محكمة النقض، في بعض المواد، احترام قواعد تفسير معينة.

حكمت محكمة النقض، في قانون التأمينات، بأن «الشروط الخاصة لوثيقة التأمين تتفوق على الشروط العامة عندما تكون غير منسجمة معها»[1]. وهذه القاعدة غير ذات موضوع إلاّ في حالة التمانع بين الشروط العامة والشروط الخاصة[2]. ومن المسموح به التفكير في أن هذه القاعدة جوهرها ذاتي. فإذا ما شذ الفريقان عن نص عام عن طريق نص خاص ينبغي احترام إرادتهما بدلاً من إعمال المبدإ القانوني العام في أن النصوص الخاصة تشذ عن النصوص العامة.

وليس من الأكيد أن مبدأ التفسير هذا له مجال تطبيق محدود بعقد التأمين. وبالفعل تستند محكمة النقض إلى المادة 1134 من القانون المدني وليس إلى نص قانون التأمينات.

إن قانون التأمينات ينص، في مادته L. 1 ـ 113، على أن شروط الاستبعاد يجب أن تكون صريحة ومحدودة. وهذ النص يدين في الواقع أي تفسير، لأنه ما أن يكون ثمة شك حتى يغدو الاستبعاد غير قابل ليكون صريحاً أو محدوداً. واجتهاد محكمة النقض هو في هذا الاتجاه، وتعترف هذه المحكمة لنفسها، عند الحاجة، بالحق في أن تقدّر هي نفسها ما إذا كان شرط الاستبعاد المنازع فيه يتوافق مع المعايير القانونية للصحة[3].

وهو كذلك مبدأ تفسير حاصر مطروح في شأن الشروط الفاسخة. فالشروط الفاسخة بحكم القانون في عرف محكمة النقض يجب التعبير عنها في صورة ليس فيها أي لبس[4].

---

(1) الغرفة المدينة الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1986، النشرة المدنية، I رقم رقم 166، صفحة 167 ـ الغرفة المدينة الاولى 12 آيار 1969، النشرة المدنية I، رقم 174، صفحة 141، أضف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1965، النشرة المدنية I رقم 588، صفحة 446 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 شباط 1964، النشرة المدنية I رقم 107، صفحة 79 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 حزيران، Dalloz 1958، صفحة 585: الشرط الخامس المطبوع على الآلة الكاتبة يتفوق على الشروط العامة غير المنسجمة معه. وقد جرى تسويغ هذا الحل ببيان أن الشرط المكتوب باليد يفترض أنه يعكس إرادة الفريقين المشتركة في حين أن الشرط المطبوع لا ينم إلا على إرادة منظم العمل (عقد إذعان على وجه العموم)، Lopez Santa Maria, Les systèmes d'intepprétation des contrats أطروحة في باريس، 1978، رقم 50، صفحة 163.

(2) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 أيار 1970، النشرة المدنية، V رقم 333، صفحة 270؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، IV، صفحة 173.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I رقم 2، صفحة 1، بيان أن سبب التسويغ المبني على المادة 113 ـ 1 ـ L. من قانون التأمينات هو سبب تسويغ قانوني محض ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية I رقم 120، صفحة 78 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية I رقم 326، صفحة 217 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1990، النشرة المدنية I، رقم 33، صفحة 25.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية I رقم 279، صفحة =

وفي الحالة المعاكسة يستعيد قضاة الأساس سلطتهم في تقدير خطورة الإخلال بالعقد والحكم بأن هناك مجالاً للحكم بالفسخ أم لا[1].

وشروط الحصرية بالنسبة إلى محكمة النقض ينبغي كذلك أن تفسر حصرياً. وقد جرى الحكم على هذا النحو في صدد شرط حصرية استثمار تجاري: «أعلنت إحدى محاكم الاستئناف عن وجه حق أن شرط الحصرية ينبغي أن يفسر بشكل حاصر وأن لا يطبّق إلا في التجارة الرئيسية المأذون بها، باستثناء النشاطات الملحقة أو التكميلية أو التابعة على وجه خاص، ما عدا اتفاقاً معاكساً أو وضعاً خاصاً»[2]. ومن المسموح به أن تسويغ هذه القاعدة ذلك بأن شرط الحصرية يشذ عن مبدإ حرية التجارة والصناعة.

ويمكن كذلك تصنيف القواعد الي لا يفترض الاستبدال فيها بين التوجيهات الخاصة للتفسير الحصري (المادة 1273 من القانون المدني)، والتفويض بالاستبدال عن طريق تغيير المدين يجب أن ينجم صراحة عن العقد (المادة 1275 من القانون المدني)، ـ على الأقل عندما يكون التفويض معقوداً في مادة مدنية[3] ـ، والضمان لدى أول طلب لا يمكن أن ينتج إلا عن تعهد صريح[4]، والتضامن ـ ما عدا المادة التجارية[5] ـ، حسب المادة 1202 من القانون المدني، «لا يمكن افتراضه عى الإطلاق؛ يجب أن يكون مشترطاً بشكل صريح»[6]، وحسب المبدإ الذي بمقتضاه لا يُفترض العدول عن حق، حتى ولو كان يكفي أن يكون إبداء إرادة العدول مجرداً من أي لبس، مما يستوجب أن يكون العدول عن حق من الممكن التعبير عنه ضمناً[7].

- 266 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 96؛ Dalloz 1988، الصفحة 299 من التقرير.

(1) انظر مثلاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1992، النشرة المدنية I رقم 227، صفحة 151.

(2) الغرفة المدنية الثالثة، 25 تشرين الأول 1972، النشرة المدنية، III، رقم 547، صفحة 400.

(3) M. Billiau, La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)، أطروحة في باريس، 1979، L.G.D.J.، مقدمة J. Ghestin، رقم 183 وما يليه، صفحة 182 وما يليها.

(4) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 28، صفحة 17؛ Dalloz 1993، الصفحة 50 من التقرير.

(5) انظر على سبيل المثال الغرفة التجارية في محكمة النقض 8 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 228، صفحة 162، في صدد شرط عدم تقديم المستندات.

(6) كان الطابع الصريح للتضامن، في عرف Demolombe، مسوّغ بتفاقم مصير المدينين، ولأن التفسير، في حالة الشك، يجب أن يكون لصالح المدين، في Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء III، 1870، رقم 222.

(7) انظر F. Dreifuss - Netter, Les manifestations de volonté abdicatives، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1988، مقدمة P. Tercier، رقم 156 وما يليه، صفحة 140 وما يليها.

القسم 2

التفسير الموضوعي أو المكوّن للعقد

39 ـ تنص المواد 1134، الفقرة 3، و 1135 و 1160 من القانون المدني على توجيهات تفسير موضوعي بشكل غير تحديدي.

لا يتضمن القانون المدني «قواعد» تفسير ذاتية وحسب، ثمة ثلاثة نصوص على الأقل تتطرق إلى طريقة تفسير موضوعية.

يجب أن تنفذ الاتفاقيات بحسن نيّة وفقاً للمادة 1134 الفقرة 3. والمادة 1135 تأخذ بأن «الاتفاقيات لا تجبر على ما تعبّر عنه وحسب بل أيضاً على كل النتائج الناجمة عن الإنصاف أو العادة أو القانون أو الموجب وفقاً لطبيعته». والمادة 1160 أخيراً تنص على أنه «ينبغي أن يجري في العقد إكمال النقص عن طريق الشروط الشائعة الاستعمال ولو لم يعبّر عنها في العقد». وهذا النص الأخير أكثر حصراً: أنه لا يرجع إلا إلى العادة.

فليس المحتوى الإلزامي للعقد إذاً محدداً بالضرورة بإرادة الفريقين المشتركة وحسب.

على أن الفقه التقليدي كان يرى في هذه المواد أحكاماً ذاتية. وقد جرى التمسك بالتالي، للإبقاء على الانسجام مع الإرادوية، بأن الفريقين بالتزامهما الصمت توخياً ضمناً الرجوع إلى القواعد البديلة ومنها العادات[1]. وكان Baudry- Lacantinerie و Barde يدرّسان على النحو التالي: «ينبغي، لكي تكون المادة 1135 قابلة للتطبيق، أن لا تكون إرادة الفريقين تتعارض معها، وبتعبير آخر تفترض هذه المادة أن يكون المتعاقدان قد استندا ضمناً إلى المبادىء التي يقبلها القانون أو العادة أو الإنصاف»[2]. وقد سبق التطرق إلى قضية هذا التحليل[3]. وإذا لم يقل الفريقان شيئاً وإذا كانت مصالحهما، إضافة إلى ذلك، متنافرة فلا

---

(1) انظر على وجه الخصوص H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. Chabas، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 348 ورقم 349.

(2) Traité théorique et pratique de Droit civil français, Des obligations، الجزء 1، الطبعة الثالثة، 1906، رقم 343، صفحة 391.

(3) انظر على سبيل المثال J. Lopez Santa Maria، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 67: «اعترف بأنني لا =

يمكن الاستنتاج من ذلك أنهما استندا ضمناً إلى معيار بديل، فأي إسناد إلى الإرادة يجب استبعاده.

يقتضي إذاً أن نستخلص من ذلك أن القانون المدني ترك مكاناً لبعض التوجيهات الموضوعية البحت. وهو يورد أربعة منها: حسن النية والإنصاف والعادة والقانون (البديل بالضرورة).

فهل هناك توجيهات تفسير موضوعي أخرى؟ إن الجواب الإيجابي يبدو مفروضاً. وفي الواقع فسرت محكمة النقض عقداً بالرجوع إلى المبدإ القانوني العام: يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك (Infans conceptus)[1]، مما ينزع إلى البيان أن المبادىء العامة للقانون[2] هي توجيهات موضوعية في التفسير في بعض الحالات، أو على الأقل وعلى سبيل الحذر يمكن أن تكون كذلك.

يضاف إلى ما تقدم أن المادة 1147 من القانون المدني هي نص الإسناد الذي تستخدمه محكمة النقض للتفريق بين موجبات النتيجة وموجبات أسباب التسويغ[3].

40 ـ القوة الملزمة لتوجيهات التفسير الموضوعية.

يبدو أن «قواعد» المادتين 1135 و 1160، حسب محكمة النقض، كما قواعد الاستيحاء الذاتي، من حيث المبدإ[4]، ليست سوى مجرد نصائح.

والحل أكيد بالنسبة إلى المادة 1160 في نظر الأحكام المستندة إلى المادة 1156 وما يليها[5]. وفي ما يتعلق بالمادة 1135 لا يبرز أي مبدإ بوضوح مطلق عن الاجتهاد، مع أنه بالإمكان قول ذلك[6]. وقد أخذت الغرفة المدنية في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 2 كانون الأول 1947[7]، «بأن القاضي، إذا كان الإنصاف أو العادة ينبغي أخذهما في الاعتبار في تفسير العقود وفي النتائج التي يتضمنانها، ليس بإمكانه التمسك بهما لتجنيب أحد

= أتوصل إلى فهم كيف يمكن، إذا كانت إرادة الفريقين لا يمكن كشفها، تفسير استخدام عادات عن طريق الإرادة حتى الضمنية». انظر أيضاً الصفحة 100 وما يليها، إضافة الرقم 8 السابق.

(1) انظر الرقم 42 اللاحق.

(2) انظر في شأن المبادىء العامة: المدخل العام، رقم 446 وما يليه.

(3) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 77؛ Dalloz 1989، صفحة 381، ملاحظة A. Malaurie.

(4) انظر الرقم 32 السابق.

(5) انظر على سبيل المثال النقض في مناسبة عريضة 24 شباط 1868 المذكور سابقاً.

(6) أكد Boré مبدأ غياب القوة الملزمة في Un centenaire، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 303، وكذلك La cassation المذكورة سابقاً، رقم 1222، بالاستشهاد بالنقض المدني في 23 تشرين الأول 1918، الحالة الثالثة، Dalloz الدوري 1919، 1، 9 (بيد أن الإسناد يبدو غير صحيح)، وبالنقض المدني في 2 كانون الأول 1947، مجلة قصر العدل، 1948، 1، 36، إضافة إلى G. Marty et P. Raynaud، الموجبات، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، رقم 244.

(7) المذكور سابقاً.

المتعاقدين القيام بتعهداته الواضحة والدقيقة التي اضطلع بها بحرّيّة» ولا يبدو الإنصاف والعادة إذاً كمجرد نصائح. وينبغي أن تكون العادة والإنصاف، ما أن يكون ثمة التباس وبالتالي ضرورة للتفسير، وفقاً لهذا الحكم، قد أخذنا في الاعتبار بالطريقة عينها التي يجب فيها البحث عن إرادة الفريقين المشتركة في مجال التفسير الإعلاني. غير أن الأمر لا يتعلق إلا بتفسير عن طريق الاستدلال بالضد. وبالمقابل يبدو أن حكماً آخر أحدث بيّن أن المادة 1135 لا تُلزم القاضي: إن محكمة الاستئناف التي تحدد معنى شرط غامض ومداه تبعاً لنية الفريقين المشتركة ليست ملزمة بالإجابة على الطلبات التي تثير عادات مهنية[1].

ويمكن الأخذ، رغماً عن الشكوك التي قد تكون قائمة حول تفسير هذه الأحكام، بالمبدإ «الأدنى» الذي بإمكان القاضي بمقتضاه الرجوع إلى النتائج التي يعطيها الإنصاف أو القانون أو العادة للموجب وفقاً لطبيعته، والأمر لا يتعلق بواجب بالنسبة إلى القاضي: يمكنه ذلك ولكن عليه أن لا يفعل؛ فمما لا طائل تحته إذاً أن يأخذ المتقاضون على قضاة الأساس عدم الاستناد إلى توجيهات موضوعية في التفسير. وعندما يكتفي القاضي بالبقاء في حدود الذاتية لا يكون في وسع محكمة التمييز القيام بأي رقابة طالما أن قضاة الأساس ظلوا في مجال الواقع.

والتشويه هو السلاح الوحيد الذي يمكن أن يستخدمه المتقاضي غير الراضي أمام محكمة النقض، ما عدا التحفظ لجهة الفرضية التي تقوم فيها محكمة النقض بالتصدي لقاعدة قانونية موضوعية تفرضها بحيث أن الإسناد إلى إرادة الفريقين المشتركة يغدو غير قابل للعمل به.

إن الطبيعة ذاتها للمناقشة في النقض تدعو إلى استخدام هذا النهج الذي يقود على وجه العموم إلى تعزيز محتوى العقد[2]. إن الوسيلة الوحيدة المتاحة للمدعي، طالما أنه من غير الممكن نقل النزاع إلى أرضية الواقع ـ إرادة الفريقين المشتركة ـ ترتكز على الانتقال إلى أرضية أخرى، أرضية القانون الموضوعي، وبالتالي إثارة «النتائج التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب وفقاً لطبيعته» والتي تشكل توجيهات موضوعية في تفسير الاتفاقيات.

وهذا المظهر للمنازعات القضائية يستدعي أن لا تتخلى محكمة النقض، في مجال التفسير الموضوعي لقضاة الأساس، عن التحديد الموضوعي لمحتوى العقد. إن ذلك فارق أساسي مع التفسير الذاتي، فارق في الطبيعة ينزع أيضاً إلى بيان أن توجيهات التفسير الذاتية ليست سوى مجرد نصائح وليست لها أي قوة ملزمة. وتفحص حلول القانون الوضعي يعزز هذه المسلمات.

وسنرى أن محكمة النقض تعترف لنفسها بالسلطة في أن تضع مباشرة قيد العمل قواعد

(1) نقض تجاري في 20 شباط 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 91، صفحة 70.

(2) انظر الرقم 44 السابق وما يليه.

تفسير موضوعية من أجل رقابة المحتوى الإلزامي للعقد. ويبقى بعد ذلك اقتراح محاولة التركيب.

الفقرة 1 ـ رقابة التفسير الموضوعي المباشرة من قبل محكمة النقض

41 ـ تبين محكمة النقض بدقة أحياناً تعريف الموجبات التي التزم بها المتعاقدان وحسب، ذلك مظهر لرقابة محتوى العقد المتنكر له في الغالب. وفي الواقع كان هناك على وجه الخصوص إصرار على تعزيز المحتوى الإلزامي للعقد من قبل القاضي. غير أن ذلك ليس سوى المظهر المرئي أكثر من غيره للتفسير الموضوعي. ويبين فرز مجموعات الاجتهاد، إضافة إلى ذلك، أن محكمة النقض عليها أحياناً محاربة موقف المحاكم التي تنزع إلى فرض بعض الموجبات على المتعاقدين.

I ـ وضوح محتوى العقد

42 ـ تحدد محكمة النقض عن طريق التفسير الموضوعي امتداد الموجبات الخاصة الملتزم بها في بعض العقود بدقة[1].

نحن هنا أمام مفصلة بين التفسير الإعلاني والتفسير التكويني لأن محكمة النقض لا تفرض في الحقيقة موجباً على الفريقين ـ سبق وجوده في العقد ـ وإنما تحدد بدقة نطاقه بدون التخلي عن تحديد سلطة قضاة الأساس السيدة؛ ليس ثمة أي رجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة بحيث أننا مع ذلك أمام تفسير موضوعي لمحتوى العقد[2].

وهذه الطريقة مستخدمة على وجه الخصوص في تفسير عقود التأمين، والعديد من الأمثلة تسند هذا الطرح.

وقد فسّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 10 كانون الأول 1985[3]، اشتراط عقد تأمين على الحياة يتعلق بتحديد المستفيدين استناداً إلى القول المأثور يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodo ejus agitur.

---

(1) لا يتعلق الأمر، في عرف السيد Rieg إلا بمظهر رقابة التشويه: «كل شرط واضح ودقيق يجب تفسيره حسب المعنى الموضوعي الذي يتضمنه في القضية»، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398، صفحة 393، ومن المسموح به التفكير في أن ذلك يتعدى رقابة التشويه، ذلك بأنه لدى محكمة النقض نفسها تقدير، ذاتي بالتأكيد، حول معنى الشرط، وهي لا تكتفي بنقض الأحكام بالرجوع إلى صيغة أسلوب عادية من النوع: «شوهت محكمة الاستئناف في حكمها على هذا النحو...»، بدون تحديد آخر. يضاف إلى ذلك أن هذه الرقابة قريبة جداً من رقابة الوصف على العموم.

(2) قارن بالجدل حول الطبيعة الذاتية أو الموضوعية لقاعدة المادة 1159، الرقم 31 السابق.

(3) النشرة المدنية I رقم 339، صفحة 305؛ Dalloz 1987، صفحة 449، ملاحظة G. Paire؛ فهرس Defrénois، 1986، صفحة 868.

کان مستخدَم قد انضم في آب 1979 إلى وثيقة تأمين جماعة اكتتب بها مستخدمه لجهاز موظفيه لدى الشركة الأوروبية للتأمين على الحياة. وكانت هذه الوثيقة تضمن، في حالة الوفاة، دفع رأسمال قيمته 200% من الأجر الأساسي يضاف إليه 30% عن كل ولد على العاتق يعيش في بيت المؤمَّن. وكان للمؤمَّن ثلاثة أولاد من زواجه الأول وقد عيّن، كمستفيد من التأمين، زوجته الثانية وأولادها من بعدها. ثم توفي المؤمَّن في أول آذار 1980، ووضعت زوجته توأمين في 24 أيار 1980، ودفع المؤمِّن مبلغ رأس المال بسبب الوفاة إلى الزوجة الثانية وإنما رفض زيادة رأس المال هذا تبعاً للأولاد المولودين بعد وفاة المؤمّن وبالتالي بعد تحقق المخاطر.

وقد رفضت محكمة استئناف باريس تلبية طلب دفع الزيادة الذي تقدمت به الأرملة، واحتمت بنصوص وثيقة التأمين معتبرة أن الجنينين «لم يكونا عائشين في بيت المؤمَّن».

وقد جرى نقض هذا القرار في 10 كانون الأول 1985.

من المهم إيراد سبب تسويغ الحكم بكامله: «إذا كانت شروط تطبيق عقد التأمين عند الوفاة يجب تقديرها في آونة تحقّق المخاطر فإن تحديد الأولاد على العاتق الذي يعيشون في المنزل ينبغي أن يتم وفقاً للمبادىء العامة للقانون، وعلى وجه الخصوص المبدإ الذي بمقتضاه يعتبر الجنين كأنه مولود عندما تكون له مصلحة في ذلك، مع الملاحظة أن زيادة رأس المال عند الوفاة، عندما يكون هناك أولاد على العاتق، معدّ لتسهيل الإنفاق على الأولاد، وأن محكمة الاستئناف بالحكم على النحو الذي اعتمدته في استبعاد الجنين في حساب رأس المال عند الوفاة وقد ولدا قابلين للحياة، انتهكت القاعدة المبينة أعلاه»، أي القول المأثور يعتبر الجنين. . .

فتحديد المستفيدين من التأمين على الحياة المعيّنين في الاشتراط يجب إذاً أن يتم بالإسناد إلى المبادىء العامة الموضوعية بالضرورة. وتجدر الملاحظة أن محكمة النقض تعيّن ـ وهذا شيء استثنائي إلى حد ما ـ أساس هذا الحل بدقّة. وتطبيق المبدإ القانوني العام يعتبر الجنين مولوداً. . . واجب لأن زيادة رأس المال بسبب الوفاة معدّ لتسهيل الانفاق على الأولاد.

ويعلَّل التفسير المباشر للشرط المعني أيضاً ربما بأن الأمر يتعلق بعقد تأمين جماعة. وقد رأينا أن محكمة النقض، بالنسبة إلى هذه العقود، تعترف لنفسها بسلطة مباشرة في التفسير[1].

وقد استخدمت محكمة النقض أيضاً هذا النهج في التفسير في مجال تأمين الأضرار، وحددت المعنى الذي من المناسب إعطاؤه لشرط التسلل السرّي للسارق، أي بدون علم المؤمَّن، في التأمين ضد السرقة.

وقد حضر أحد الأفراد مدّعياً أنه يصلح الهاتف إلى منزل السيدة .G لإصلاح جهازها

---

(1) انظر الرقم 17 السابق.

المعطل بالفعل، وأبعد هذا الشخص السيدة G لفترة قصيرة واستغل ذلك لسرقة حليّها. وتنكرّت شركة التأمين لضمانها بحجة أنه لا يغطي مخاطر السرقة إلا في حالة الدخول الخفي أو الصيانة السرّية في الأماكن التي تحوي أشياء مؤمنة. وهذه البرهنة لم تحمل قضاة الأساس على الاقتناع. فقدّمت شركة التأمين نقضاً وأخذت على محكمة الاستئناف بصورة خاصة أنها شوّهت العقد إذ اعتبرت أن انتحال صفة كاذبة مماثل بالدخول الخفي.

وقد ردّت محكمة النقض في 20 آذار 1989[1] الطعن وإنما بدون أن تحتمي بتفسير سيد لقضاة الواقع. وقدّرت في تعليل مبدئي «أن كل مناورة جديرة بالتصديق ومن شأنها خداع المؤمّن في هوية من فتح له الباب احتمالياً ونياته الحقيقية ينبغي مماثلتها بالدخول الخفي المفهوم على أنه كل دخول يجري بدون علم المؤمّن ومن أجل غاية غير مشروعة».

ويلاحظ أن ذلك تفسير موضوعي للشرط. فقد أبدت محكمة النقض هكذا إرادتها في إجراء رقابتها المباشرة لشرط خاص ليس بالضرورة واضحاً ودقيقاً. ليس ثمة أي إسناد بالطبع إلى إرادة الفريقين المشتركة، بحيث أن مبدأ عدم تدخّل قاضي النقض في مجال الواقع محترم تماماً[2].

ويمكن أيضاً الاستشهاد بحكم 22 نيسان 1950[3] الذي فرضت فيه محكمة النقض، آخذة على قضاة الأساس تشويههم العقد، تفسيرها في حين أن وضوح الشرط لم يكن بديهياً على الإطلاق. وكان السيد Laronche قد اكتتب بوثيقة تأمين سيارته واتخذ لنفسه صفة (موظف). وكان المؤمّن يضمن المخاطر الملازمة لاستعمال السيارة «للترف والأعمال». وكانت المركبة مصابة بحادث عندما استخدمت لغايات تجارية. وقد تمسّك المؤمّن بالسقوط بسبب التصريح الكاذب عن المخاطر، فرد قضاة الأساس هذا الادعاء بحجة أن وثيقة التأمين كانت تحمل «ذكر الترف والأعمال». وقد جرى نقض حكمها على أساس التشويه.

غير أن محكمة النقض اهتمت بتحديد معنى الشرط الذي أعلنت أنه واضح ودقيق. ففي عرفها لا يمكن فهم كلمة «عمل» المستخدمة في وثيقة التأمين خارج النشاطات الداخلة طبيعياً

---

(1) النشرة المدنية I، رقم 124، صفحة 80. وإضافة إلى ذلك: حول تعريف «الدخول الخفي للسارق» الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 337، صفحة 228 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 243، صفحة 169: «دور كل من الفاعلين والشركاء هو بدون تأثير في مفهوم الدخول الخفي الذي يفترض فقط، كما بينت محكمة الاستئناف، دخولاً يتم لهدف غير مشروع بدون علم المؤمّن وبدون إرادته». انظر أيضاً حول مفهوم «الدخول الخفي» الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 حزيران 1990، النشرة المدنية، I رقم 154، صفحة 109.

(2) تم استخدام هذه الطريقة أيضاً في 2 أيار 1990 من قبل الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض (النشرة المدنية I، رقم 89، صفحة 67). فقد حكمت سنداً للمادتين 1134 و 1135 من القانون المدني بأن «فعل الحصول بالتهديد بقوة السلاح على فتح خزنة يساوي الكسر». ومفهوم الكسر وارد في المادة 51 من الشروط العامة لعقد التأمين، غير أنه لم يحدد بدقة. انظر كذلك الغرفة الدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية، I رقم 106، صفحة 70، في ما خص تعريف مفهوم «الحادث»، بمعنى المادة 2 F، من الشروط العامة لوثيقة تأمين المسؤولية.

(3) Dalloz 1950، صفحة 613، الملاحظة A.B.

في إطار المهنة المصرح بها؛ وقد أعلنت أن السيد Laronche اتخذ صفة موظف مستفيداً بهذه الصفة من تعرفة علاوات مخفضة. وقد أكدت محكمة الاستئناف عن طريق تشويه أكيد لشروط وثيقة التأمين الواضحة والدقيقة أنه لم يرتكب أي إغفال في تصريحه عن المخاطر. إن الطرح الأول الذي صاغته محكمة النقض يبين أنها توخت رقابة تفسير امتداد الضمان الذي قدّمه المؤمّن. وهذه الطريقة عينها هي التي استُخدمت، كما سبق أن رأينا، لتحديد مفهوم «دخول السارق الخفي»، وإنما بدون إسناد هذه المرة إلى نظرية التشويه مما يبدو أكثر مطابقة مع طبيعة الرقابة التي لجأت إليها محكمة النقض فعلياً.

إن محكمة النقض في حكمها بتاريخ 4 أيار 1942[1]، وتحت ستار نظرية التسوية دائماً، حددت بدقة معنى «شرط إدارة القضية من قبل المؤمّن»[2].

وبالفعل لم تعد محكمة النقض تتطرق إلى نظرية التشويه لتسويغ الحلول التي تتبناها إلا منذ وقت قريب.

وقد حكمت محكمة النقض، على هامش التفسير بحصر المعنى إلى حدّ ما، بأن استبعاد الضمان، استناداً إلى المادتين 1135 من القانون المدني 113 ـ L. 1، من قانون التأمينات، غير قائم عندما يستند إلى أن المؤمّن قد علم، عند إبرام العقد، إن شروط الاستبعاد سبق أن اجتمعت[3]. وإثارة المادة 1135 من القانون المدني تبيّن إقصاء إرادة الفريقين المشتركة كمعيار تفسير.

والأحكام التي تحدد امتداد الوجبات التي اكتتب بها المتعاقدون، خارج مجال التأمين، هي أندر. على أنه يمكن إيراد حكم أصدرته الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 10 آذار 1988[4] حدد استناداً إلى المادتين 1134 من القانون المدني و 781 ـ L. 1 من قانون العمل مفهوم «عجز الجردة» الذي يمكن أن يلزم به المدير غير الأجير. ففي عرف المحكمة: «يمثل عجز الجردة الفارق المتحقق منه بين قيمة المخزون الأساسي تضاف إليه قيمة السلع المسلّمة وقيمة السلع الموجودة في المستودع عند القيام بالجردة يضاف إليها قيمة المنتوجات المباعة».

43 ـ تفسير العقود المستند إلى معايير مكمّلة:

من البديهي أنه يمكن الاعتبار أن قيام المتعاقدين بالإحالة إلى معيار مكمّل ما ـ القانون بالمعنى المادي ـ يسمح بالضرورة لمحكمة النقض بتفسير العقد طالما أن الأمر لا يتعلق إلا بتفسير قاعدة قانونية.

---

(1) Dalloz الاسبوعي 1942، صفحة 131، ملاحظة A. Besson.

(2) يندرج هذا الحكم بالأحرى، في عرف السيد Boré، «في مدار رقابة وصف إساءة استعمال الحق في المقاضاة ـ ومنع قاضي الأساس من تشويه شرط عام بأن يدخل فيه تفريقاً كيفياً لا يحويه»، La cassation، المذكور آنفاً، رقم 1283.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 أيار 1989، النشرة المدنية، I رقم 184، صفحة 122.

(4) النشرة المدنية V، رقم 174، صفحة 115.

وفي الواقع ليس هناك شيء من ذلك. فمحكمة النقض تفرّق وفقاً لطبيعة المعايير التي رجع إليها الفريقان لتحديد محتوى موجباتهما المتبادلة. وتفسير المعايير المكمّلة لم يتحقق. فمحكمة النقض لا تراقب التحقق ولا تفسير العادة لأنهما يعودان لسلطة قضاة الأساس السيدة[1]. وهي تتبنى موقفاً مماثلاً في ما يختص بالعرف[2] والقانون الأجنبي[3].

وبالمقابل تحدد محكمة النقض معنى الموجبات المصطلح بها بموجب نص تشريعي مكمّل بصورة مباشرة.

وقد أبدت محكمة النقض منذ القرن التاسع عشر إرادتها في تفسير الاشتراطات العقدية التي تحيل إلى قواعد مكمّلة. وهكذا حددت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 2 أيار 1899[4]، في شأن تكوين البائنة من قبل الأب والأم، معنى شرط الحسم من إرث الباقي على قيد الحياة. وقدّرت، على عكس ما أخذ به قضاة الأساس، أن الموهوب له كان يملك، استناداً إلى هذا الشرط، ضد أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة دعوى مباشرة لكي يتلقى هذه الهبة بكاملها. وقد حُرِم من ذلك عقب الردّ الذي كان ملزماً القيام به إلى شركائه في الإرث الأول والذي يمثل الحصة التي تقع نهائياً على الباقي على قيد الحياة في الهبة. وبالتالي نقضت حكم الاستئناف بالحجة التالية: «إن الحكم، بتقريره عكس ذلك وبرفضه أن يعطي السيدة Jubert (الموهوب لها) أي دعوى ضد أمه الباقية على قيد الحياة بدون بيان أي ظرف خاص من شأنه أن يحمل على الافتراض أن الفرقاء المقحمين في القضية أرادوا أن ينسبوا إلى الشرط المنازع فيه معنى غير المعنى العائد له شرعاً، قد انتهك» المادة 1440 من القانون المدني. ويبين هذا التعليل الأخير تماماً أن محكمة النقض لا تتخلى عن تفسير الاشتراطات التي ترجع إلى القانون لسلطة قضاة الأساس السيدة حتى ولو لم يكن هذا القانون سوى مكمّل. وثمة أمثلة أحدث تؤكد هذا التحليل.

---

(1) انظر J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1186 وما يليه، صفحة 405 وما يليه، ولا سيما رقم 1195، صفحة 407.

(2) J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1307.

(3) انظر على سبيل المثال حول مبدأ سلطة القضاة السيدة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I رقم 14، صفحة 10، التي حكمت مع ذلك بأن المعيار الأجنبي يشكل قاعدة قانونية حتى ولو لم تراقب. وينتج عن ذلك أنه غير خاضع للمادة 7 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة - الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، V رقم 5، صفحة 4 - الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1990، النشرة المدنية، I رقم 195، صفحة 138؛ مع التحفظ لعدم تشويه القانون الأجنبي، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 آذار 1991، النشرة المدنية، I، رقم 93، صفحة 61؛ المجلة الناقدة للقانون الدولي الخاص، 1992، صفحة 88، ملاحظة H.M.W. انظر: Y. Loussouarn et P. Bourel, Droit international privé موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، رقم 243 وما يليه.

(4) النقض المدني، 2 أيار 1899، Sirey 1900، 1، 81، ملاحظة A. Esmein؛ مجلة القانون المدني، 1900، البند 26972، صفحة 21.

إن البائع، بمقتضى المادة 1603 من القانون المدني، عليه موجب تسليم الشيء للشاري. وموجب التسليم هذا حددته محكمة النقض ولا سيما في حكم 20 آذار 1980[1] الذي حكمت بموجبه «بأن موجب التسليم لا يرتكز على تسليم ما تم الاتفاق عليه وحسب وإنما وضع الشيء المتوافق في جميع النقاط مع الهدف الذي توخاه مكتسب الملكية بتصرف هذا المكتسب».

كما أن محكمة النقض راقبت تفسير شرط في وثيقة تأمين يحيل صراحة إلى المادة 2270 من القانون المدني[2]، وكذلك تفسير شرط في عقد يحدد مكافأة هيئات الإسكان ببدل إيجار معتدل في ما خص بعض تدخلاتها وفقاً لقرار صادر في 13 تشرين الثاني 1974[3].

II ـ تعزيز محتوى العقد[4]

44 ـ موجبات الأمن[5].

أصبح من المسلم به في الاجتهاد أن بعض العقود تحوي موجب أمن، بغض النظر عن اشتراطات الفريقين في هذا الشأن. وقد جرى الكلام على «ضم إلى الأعمال عن طريق التفسير»[6]. وصدر هذا الاجتهاد في صدد عقد نقل عن طريق السكك الحديدية[7].

فقد ذكّرت محكمة النقض، في شأن طبيعة موجب الأمن في مادة النقل عن طريق السكك الحديدية، بأن «موجب الأمن المرتكز على نقل المسافر سليماً ومعافى إلى مقصده والناجم عن المادة 1147 لا يكون على عاتق الناقل الا خلال تنفيذ عقد النقل، أي ابتداء من الآونة التي يبدأ فيها المسافر بالصعود إلى المركبة حتى آونة مغادرة المركبة»[8]. ومحكمة النقض، من وجهة النظر هذه، مستقرة في اجتهادها الذي صدر في عام 1969[9]. غير أنها من وجهة نظر ثانية أعادت النظر في موقفها ذلك بأنها أصبحت تحدد مجال المسؤولية العقدية في تنفيذ العقد فقط: ما أن يغادر المسافر المركبة حتى تغدو مسألة الناقل تقصيرية. وهكذا

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية، I رقم 140، صفحة 93.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تموز 1988، النشرة المدنية، I رقم 221، صفحة 155.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 أيار 1988، النشرة المدنية، I رقم 162، صفحة 112.

(4) La responsabilité: conditions، تأليف G. Viney، رقم 497 وما يليه ـ هذا ما يسميه M. Paclot: «التفسير المكمل» (الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 301 وما يليه، صفحة 280 وما يليها) ـ A. Sériaux، المرجع عينه، رقم 44.

(5) انظر G. Viney المذكور آنفاً، رقم 499 وما يليه ـ A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 406 ولا سيما وصفحة 404 وصفحة 405 ـ J. Boré, La cassation، المذكور سابقاً، رقم 1240.

(6) A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 406، صفحة 403.

(7) النقض المدني في 21 تشرين الثاني 1911 و 27 كانون الثاني و 21 نيسان 1913، Dalloz الدوري 1913، I، 249، ملاحظة Sarrut.

(8) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 77؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 548، ملاحظة P. Jourdain.

(9) انظر G. Viney، المذكور سابقاً، رقم 554.

حددت محكمة النقض موضوعياً مجال موجب الامن المضاف إلى العقد.

إن موجب الأمن غدا في عدة عقود على عاتق الفريقين[1]. فمستثمر ميدان أراجيح ملزم بموجب أمن النتيجة تجاه زبائنه خلال اللعب[2]. كما أن موجب الأمن يقع على عاتق البائع ويرتكز على «عدم تسليم إلاّ المنتوجات الخالية من أي عيب، أو أي شائبة صنع، من شأنه أن يشكل خطراً على الأشخاص أو الأموال»[3]. وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض منذ وقت قريب بأن «اتفاقية مساعدة تلقي على عاتق المساعد بالضرورة موجب التعويض عن نتائج الأضرار الجسدية المسببة لمن استدعاه»[4]. كما أن مستثمر لعبة الـ bob-luge ملزم بموجب النتيجة في ما يتعلق بسلامة زبائنه[5]. وصاحب المرآب هو أيضاً «ملزم تجاه زبائنه الذين يودعونه مركبة لإصلاحها بموجب الأمن الذي يمكن أن يعفى منه بإثبات أنه لم يرتكب أي خطأ»[6].

45 ـ الموجبات العقدية بالإعلام والنصيحة[7].

نعلم أن هذه الموجبات كانت لها انطلاقة كبيرة[8]. ومع الاكتفاء بالأحكام الحديثة

---

(1) انظر G. Veney، المذكور سابقاً، رقم 500.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 18 شباط 1986، النشرة المدنية I رقم 32، صفحة 28 ـ حل مماثل في ما يتعلق باستثمار المزلقة خلال النزول، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، 1، رقم 289، صفحة 190؛ Contrat - concurrence - cansommation، 1992، رقم 51 ملاحظة L. Leveneur؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 397، ملاحظة P. Jourdain.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 حزيران، 1991، النشرة المدنية I، رقم 201، صفحة 132؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، 1، 3572، صفحة 158 وصفحة 159، ملاحظة G. Viney؛ Dalloz 1993، الصفحة 241 من الموجز، ملاحظة O. Tournafond. يبين الحكم أن دعوى المسؤولية العقدية ضد البائع بسبب التنكر لموجباته في الأمن لا تخضع للمهلة القصيرة الواردة في المادة 1648 من القانون المدني ـ 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية I رقم 44، صفحة 29؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 592 وما يليها، ملاحظة P. Jourdain ـ انظر حول حدود موجب أمن البائع الرقم 49 اللاحق.

(4) 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية I رقم 42، صفحة 28.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1993، النشرة المدنية، I رقم 119، صفحة 79؛ 1993 Dalloz، صفحة 103، من التقرير.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 حزيران 1993، النشرة المدنية I رقم 209، صفحة 145، (السند: المادة 1147 من القانون المدني).

(7) الأمثلة العديدة الواردة في القائمة التحليلية الخماسية، 1980 ـ 1984، محكمة النقض V° المسؤولية العقدية، صفحة 1854 وما يليها، رقم 31 وما يليه ـ النقض التجاري في 2 أيار 1990، النشرة المدنية IV، رقم 133، صفحة 89 (موجب الإعلام يقع على عاتق الصانع تجاه مكتسب الملكية حتى المهني) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1991، RJDA، 1992، رقم 147، صفحة 110 (موجب الوكيل العام للتأمين في إعلام زبونه).

(8) انظر G. Viney المذكور سابقاً، رقم 502 وما يليه. إضافة إلى M. Fabre - Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie، أطروحة في باريس L.G.D.J.,I، 1992، مقدمة J. Ghestin.

النموذجية ـ الأحكام التي صدرت استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني والمادة 1147 منه (في حالة النقض) ـ نورد: موجب الوكيل العقاري بإعلام موكله ونصحه حول قيمة المال الموضوع للبيع عندما يظهر ان الثمن المطلوب بخس القيمة بشكل جلي[1]؛ وموجب المهندس المعماري في إعلام صاحب العمل بالإكراهات الإدارية الملازمة للأشغال المنوي القيام بها[2]؛ والموجب الملقى على عاتق البائع المهني في المعدات في أن ينصح الجاهل في هذا الحقل ويزويده بالمعلومات، ولا سيما لفت انتباهه إلى السيئات الملازمة لنوعية المعدات التي يختارها زبونه، وكذلك إلى الحيطة في الأخذ في الحسبان الاستعمال المعدّة له بدون أن يكون بإمكان البائع التذرع بإعلام غير كافٍ للصانع[3]؛ وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 28 شباط 1989 استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، التي «بأن عقد صيانة إنشاءات خاضعة لتنظيم يجبر (المتعهد المقاول) على إعلام الزبون حول التعديلات التي طالت هذا التنظيم بحيث يتمكن من التقيد بها»[4]؛ وحكمت محكمة النقض، في 7 حزيران 1989[5]، استناداً إلى المادتين 1135 من القانون المدني وR 514 ـ 49 d، من قانون الصحة العامة، بأن «صانع منتوج ما عليه أن يقدم جميع المعلومات التي لا غنى عنها في استعماله ولا سيما التحذيرات»، وليست صفة المهني ذات بال أو صفة الجاهل في هذا الحقل أو المستعمل[6]. والمصرفي، في مجال آخر تماماً، عليه

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1985 (نقض)، النشرة المدنية، I، رقم 277، صفحة 248.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1992 النشرة المدنية، III، رقم 318، صفحة 196.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1985 (نقض وإنما ليس على أساس سبب التسويغ الذي له سمة موجب البائع المهني)، النشرة المدنية، I، رقم 82، صفحة 75. انظر كذلك النقض التجاري في 11 تموز 1988، النشرة المدنية IV، رقم 250، صفحة 172، الأخذ بأن البائع المهني ملزم، بهذه الصفة، بإعلام شاري معدات جديدة بشروط استعمالها. ـ الغرفة المدنية الأولى، 4 نيسان 1991، النشرة المدنية I، رقم 131، صفحة 87.

(4) (رد)، النشرة المدنية I رقم 102، صفحة 65 ـ وفي الاتجاه عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 آذار 1988 (رد وانما استناداً إلى المادة 1135) النشرة المدنية I رقم 80، صفحة 52؛ Dalloz 1988 الصفحة 93 من التقرير ـ قارن بالغرفة المدنية الأولى، 27 تشرين الأول 1981 (استناد إلى المادة 1135 من القانون المدني)، النشرة المدنية I، رقم 315، صفحة 265. ليس في وسع محكمة استئناف أن ترفض دعوى فسخ البيع التي تقدم بها مجهّز نظام إنذار بدون البحث عما إذا كان المجهّز المهني المؤهل ملزماً بعدم تركيب الجهاز إلاّ بعد التأكد من الحصول على إذن إداري إلزامي جرى رفض إعطائه إياه. انظر أيضاً موجب مجهّز الإنذار في الاستعلام حول المعايير المفروضة من قبل المؤمّنين وبإعلام الشاري حول نتائج الشراء، النقض التجاري في 25 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 211، صفحة 151 (استناد إلى المادة 1147، من القانون المدني).

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية I رقم 232، صفحة 155.

(6) قارن بمسؤولية الكاتب العدل المهنية وتأثير صفة الزبون، انظر ملاحظة J. Mestre في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 525 ـ انظر كذلك: حول واجب الكاتب العدل في نصح الفرقاء جميعاً، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1993، النشرة المدنية I رقم 167، صفحة 115.

واجب إعلام زبونه بمخاطر عمليات المضاربة في الصفقات لأجل، أيّاً كانت العلاقات العقدية بين الفرقاء[1].

وهناك على هامش موجبات النصيحة سَنّ بعض موجبات الحيطة. وهكذا ينتج عن المادة 1147 أن «كل مقاولة عمل مؤقت تقدم للغير أجراء ملزمة بموجب الحيطة والحذر في تعيين الموظفين الذين تقدمهم»[2]. كما أن المفاوض في صدد التفرغ عن مؤسسة تجارية عليه، من حيث المبدأ، التأكد من ملاءة مكتسبي الملكية[3].

وقد حُكم أيضاً بأن الوكيل العقاري الذي عُهدت إليه إدارة عقار ملزم بصفته وكيلاً أجيراً بالتأكد عن طريق تحقيقات جدية من ملاءة المستأجر الحقيقية[4].

على أن موجبات الإعلام والنصيحة ليست بدون حدود حقيقية. وهكذا مثلاً أيدت الغرفة التجارية في محكمة النقض قضاة الأساس في رفضهم وضع موجب إعلام حول الحلول المنافسة على عاتق بائع برمجة موحدة طالما أنه شرح وظائف منتوجه وعرض التكيفات المقترحة[5].

وواجب نصيحة المهندس المعماري لا يفرض عليه معرفة الألقاب الخاصة لزبونه؛ ويقع على عاتق صاحب العمل تقديمه له[6].

يضاف إلى ذلك أن أي موجب نصيحة لا يقع على عاتق متعاقد بالنسبة إلى «الوقائع المعروفة من الجميع»[7].

46 ـ موجبات المراقبة.

هذه الموجبات ليست مبسوطة أيضاً في المادتين 1135 و 1147 من القانون المدني. وهكذا أيّدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في قضية لها سمة مسؤولية فندقي في شأن سرقة تتعلق بثياب الزبائن، محكمة استئناف باريس بوضعها على عاتق الفندقي موجب المراقبة بحجة «أن وضع وحدة تبديل في المدخل المجاور للبهو المؤجّر والمعدّ كحجرة ثياب

---

(1) النقض التجاري في 18 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 188، صفحة 134 ـ النقض التجاري في 5 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية IV، رقم 327، صفحة 227. إضافة إلى محكمة باريس، 28 شباط 1994، Dalloz 1994، صفحة 365، ملاحظة C. Ducouloux - Favard.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 أيار 1989، النشرة المدنية I، رقم 178، صفحة 119 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1991، النشرة المدنية، I رقم 77، صفحة 50؛ Dalloz 1991، صفحة 605، ملاحظة Ch. Lapoyade Deschamps، الذي يعتبر تكديس الموجبات التي اكتشفها القضاة في العقود «مقلقاً». إن التعبير المتذور ولا شك للصدم، يمكن أن يبدو مبالغاً فيه.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I رقم 9، صفحة 7.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 آذار 1984، النشرة المدنية، I رقم 118، صفحة 97.

(5) النقض التجاري في 12 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية IV، رقم 352، صفحة 251.

(6) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 95.

(7) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 284، صفحة 167 ـ قارن بغياب موجب المصرفي في الإعلام عندما ينذر الزبون بالمخاطر التي يتعرض لها في عمليات المضاربة، وانظر الأحكام الواردة في الرقم السابق.

تحت التصرف أدى إلى موجب مراقبة تابعة لعقد الإيجار». وبيّنت محكمة النقض أن محكمة الاستئناف بحكمها على هذا النحو «استعملت السلطة التي أولتها إياها المادة 1135 من القانون المدني التي تنص على أن الاتفاقيات لا تجبر على ما هو معبّر فيها وحسب بل أيضاً على جميع النتائج التي يرتبها الإنصاف أو العادة أو القانون على الموجب حسب طبيعته»[1].

ويؤدي عقد إيجار الخزنة بالنسبة إلى المصرف إلى موجب رقابة النتيجة[2]. وهذا الموجب مشدّد على وجه خاص طالما أنه يفرض على المصرف واجب التحقق مما إذا كان من يتقدم إليه مؤهّل للوصول إليها، حتى ولو كان مزوداً بمفتاح للخزنة[3]. كما أن منظمّ مخيّم العطل (للأولاد) مدين بموجب الرقابة التي تفرض «مراقبة نشاط الأولاد لكي يتجنبوا التعرض للمخاطر التي يمكن أن لا يقدروا خطورتها»[4]. وتلتزم عيادة تبرم عقداً مع زبونها للسكن والعناية بموجب حيطة ورقابة تمتدان إلى الحليّ التي يحتفظ بها المريض[5].

47 ـ الموجبات الأخرى المختلفة.

إلى جانب هذه الموجبات التي سبق معرفتها تماماً يحصل أن يفرض الاجتهاد في بعض العقود نوعاً من الموجبات الخاصة منها موجب عدم المنافسة. وقد فرض في حكم حديث على الوكيل المرتبط بالموكل بوكالة مصلحة مشتركة موجب عدم منافسته. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في حكمها بتاريخ 16 آذار 1993[6] استناداً إلى المواد 1134، الفقرة 3، و 1135 و 2003 من القانون المدني بأنه «إذا كان الوكيل، في وكالة مصلحة مشتركة، له الحق، في حال عدم وجود شرط مضاد، في قبول تمثيل موكّل جديد فإن ذلك شرط أن لا تكون منتوجات هذا الأخير تنافس منتوجات الموكل الأول باستثناء موافقة هذا الأخير». إن الإسناد هنا له مدلوله على وجه خاص. فهو يدل على حسن النية، والنتائج التي يرتبها الإنصاف أو العادة أو القانون على الموجب وفقاً لطبيعته تشكّل بلا نزاع الموجبات العقدية.

وقد فرضت الغرفة المدنية في جانب آخر على الوكيل المهني أن يتحقق من الصفة الصحيحة للموكل الذي التزم معه في عقد قانوني[7].

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1987 (ر.)، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 190.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 142، صفحة 94 ـ النقض التجاري في 15 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 23، صفحة 18.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I رقم 318، صفحة 216.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 شباط 1993، النشرة المدنية، I رقم 66، صفحة 43، التي تبين أن الأمر يتعلق بموجب الإنفاق.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 19 أيار 1992، النشرة المدنية I رقم 146، صفحة 99.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 109، صفحة 75.

(7) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 250، صفحة 165.

والقائمة ليست بالطبع تحديدية وقراءة مجلات الاجتهاد تبين بوضوح أمثلة أخرى[1]:

48 ـ على أن إثراء محتوى العقد يمكن أن يبدو عملياً بدون مدى لأجَل إذا أخذنا بأن الفريقين كانا حرّين في وضع شروط اللاّمسؤولية. ومن المعروف بالتأكيد أن تنظيم الشروط غير المألوفة يتيح اليوم حل هذه الصعوبات في العلاقات بين المهنيين والمستهلكين؛ إلا أن المسألة تبقى بكاملها في الحالات الأخرى. وينبغي. كما بيّنت الآنسة Viney[2]، البحث إذاً عما إذا كان الموجب العقدي أساسياً أو جوهرياً أم لا. فإذا كان الجواب إيجابياً فإن الشرط التحديدي أو المراوغ في المسؤولية يجب الإعلان أنه باطل[3]. ومن المسموح به تقدير أن التعزيز التسلطي لمحتوى العقد يضفي على الموجبات المبينة على هذا الشكل طابعاً جوهرياً بحيث أن الفريقين لا يستطيعان تجنبها.

III ـ رفض تعزيز محتوى العقد

49 ـ ترفض محكمة النقض أن تفرض على المتعاقدين بعض الموجبات التي قد يفرضها «الإنصاف أو العادة أو القانون».

وقد يغري المحاكم أحياناً أن تضع على عاتق بعض فئات المتعاقدين موجبات لم يتوخياها وأن تربطها بالمادة 1135 من القانون المدني مستخدمة هنا أيضاً السلطة التي تعترف لها بها محكمة النقض[4].

غير أن محكمة النقض لا تقبل دائماً أن يكون الأمر على هذا النحو؛ فقد أدانت أحكاماً حديثة مبادرات قضاة الواقع استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني، أي أن التفسير الموضوعي أو التكويني للعقد له بالضرورة حدود.

كانت السيدة H قد اشترت في عام 1973 جهاز تلفزة صنعته شركة Thomson - Brandt. وفي عام 1981 احترق الجهاز وانفجر محدثاً أضراراً في شقة السيدة H وفي أمكنة أخرى من البناء. وقد قاضى مؤمّن السيدة H الذي حلّ محلها في حقوقها شركة Thomson -

---

(1) انظر بالنسبة إلى موجب التيقظ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993، النشرة المدنية I، رقم 152، صفحة 103. وانظر حول وجود موجب عام على عاتق الوكيل العام للتأمينات، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993، النشرة المدنية، I، رقم 144، صفحة 96. وانظر في صدد موجب وكالة دعاية في الحصول على إذن واضع نموذج لتأمين استثماره بدون مخاطر، النقض التجاري في 30 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 445، صفحة 323.

(2) La responsabilité: conditions، رقم 489 و: La responsabilité: effets، رقم 190.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض الملغت، 23 شباط 1994، النشرة المدنية I رقم 26، صفحة 59. انظر بالإضافة إلى ذلك J. Mestre, Des clauses déterminant l'étendue des obligations contractuelles des parties، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 94 وما يليها.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1987، المذكورة آنفاً.

Brandt لاسترداد المبالغ التي دفعها للمؤمّنة ولنقابة المالكين المشتركين. وقد استجاب قضاة الأساس لطلبه.

ومن أجل ذلك استبعدت محكمة استئناف باريس أولاً وجود عيب في الصنع وإنما أخذت بأن الصانع البائع «لم يتقيّد بموجبه بأن لا يضع في السوق سوى أجهزة تحمل ديناميتها الخاصة خطراً».

وهذا التعليل هو الذي نقضته محكمة النقض 20 آذار 1989[1]: «إن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن البائع المهني ملزم فقط بتسليم منتوجات خالية من العيوب أو شائبة في الصنع من شأنها أن تؤدي إلى خطر على الأشخاص والأموال قد انتهكت النص المبيّن أعلاه».

غير أن الحل لم يفرض نفسه بداهة. وبالفعل وبموجب المادة الأولى من قانون 21 تموز 1983 المتعلق بأمن المستهلكين، «ينبغي أن تؤمّن المنتوجات السلامة المنتظرة منها شرعاً وأن لا تؤدي إلى أضرار بصحة الأشخاص[2]»، وكان يمكن أن تقبل محكمة النقض الموقف الذي اتخذته محكمة استئناف باريس. إنها ولا ريب اعتبارات ذات طابع اقتصادي وتقني قادت محكمة النقض إلى عدم زيادة عدد الموجبات الملقاة على عاتق البائع المهني[3].

كما رفض حكم آخر للغرفة التجارية لمحكمة النقض بتاريخ 9 كانون الثاني 1990[4] أن يفرض على المصرفي وديع قيم منقولة موجب إعلام يتعلق بحياة الشركة مصدرة هذه السندات.

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية I رقم 137، صفحة 90؛ Dalloz 1989، صفحة 381، ملاحظة Ph. Malaurie.

(2) Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux، حلقة مناقشة بين 6 و 7 تشرين الثاني 1986 بإدارة L.G.D.J., Ghestin، 1987.

(3) يبدو في النتيجة أن المبدأ المطروح في المادة الأولى من قانون 21 تموز 1983، في حالة القانون الوضعي الآن، هو إعلان نية أكثر منه قاعدة قانونية، طالما أن التنكر له فقط لا يبدو أنه معاقب عليه على أرضية المسؤولية المدنية (انظر L. Bihl, La loi du 21 juillet 1983 sur la sécurité des consonmmateurs in Sécurité des consonmmateurs et responsobilité du fait des produits défectueux, حلقة مناقشة بين 6 و 7 تشرين الثاني 1986، L.G.D.J.، 1987، صفحة 49 وما يليها). ينبغي أن يشكل غياب الأمن، إضافة إلى ذلك، عيباً خفياً أو عيباً في الصنع لكي يكون الصانع مسؤولاً. ويقتضي الأخذ في الحسبان مشروع التوجيه الأوروبي المتعلق بالأمن العام للمنتوجات. إن الأخذ به ونقله إلى القانون الداخلي يقتضيان أن يقودا منطقياً إلى الاعتراف لصالح المستهلكين بحق مستقل في الأمن. ويجب، بالمقابل، التشديد على أن المسؤولية الجزائية يتحملها صانع منتوج مؤذٍ تطبيقاً للمواد 319 و 320 و 40 ـ R.°4 من قانون العقوبات التي تقمع قتل الإنسان وجرحه لاإرادياً. انظر النقض الجنائي في 27 أيار 1972، مجلة قصر العدل، 2، 719: بالنسبة إلى الغرفة الجنائية في محكمة النقض يعود إلى الصانع الذي يعرف الطابع المعيب لمنتوجه أن ينبه زبائنه، أما مباشرة، وأما بالطرق العصرية، إلى الخطر الذي يسببه وأن يتوقف عن بيعه.

(4) النشرة المدنية IV، رقم 2، صفحة 2، Dalloz 1990، صفحة 173، ملاحظة J.P. Brill.

وهكذا نقضت حكم محكمة استئناف باريس بحجة أنه «إذا كان المصرف، وهو مجرد وديع للسندات، يضطلع، بمقتضى العادات، بالموجبات التابعة للعقد والملازمة لحيازة هذه السندات وللحقوق المرتبطة بها وردّها فإن هذه العادات أو الإنصاف أو القانون لا تلزمه بإعلام المودع بحدث يصيب حياة الشركة مصدّرة السندات».

ويفسَّر هذا الحكم بمصلحة المصارف كما يمكن أن يفسّر ـ على الأقل جزئياً ـ بالطابع السري بالضرورة لبعض الإعلامات[1].

ويترجم حكم ثالث حديث هذه الظاهرة في رفض تعزيز العقد. فالإيجار، في مثل هذه الحالة، لا يفرض على المؤجر تأمين المكان المأجور ضد الحريق على أن محكمة استئناف بوردو وضعت على المستأجر موجب تأمين نفسه بحجة أن رأس مال الشركة المستأجرة لا يترك أي إمكانية للمؤجر للحصول على تعويض عن الأضرار التي يسببها الحريق.

وكان هذا التعليل موضع نقض استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، ذلك بأن محكمة الاستئناف «أضافت إلى الموجبات الواردة في عقد الإيجار موجباً على عاتق المستأجر»[2].

وقد يدعو هذا الحل إلى الدهشة بقدر ما هو التأمين منتشر إلى حد كبير وأحياناً يفرضه القانون نفسه. على أنه مسوّغ إذ لا يعود إلى القاضي أن يُحلّ نفسه محل الفريقين في تحديد موجباتهما، في غياب العادة في هذا الشأن التي لم يجرِ التذرع بها في الحالة الراهنة[3].

وهذه الأحكام تبيّن أن محكمة النقض لا توافق على أن يفرض قضاة الأساس في بعض العقود موجبات لم يكن الفريقان قد اشترطاها بالذريعة الوحيدة أن الإنصاف يأمر بذلك[4] وبتعبير آخر لا يمكن أن يسوّغ الإنصاف دائماً «غصب» العقد.

ولفهم هذا الموقف وتسويغه ينبغي، في محاولة تركيب، مقارنة الحلول الدقيقة للقانون الوضعي بالمبادىء الموجِّهة التي تسوس العقد وتفسيره.

الفقرة 2 ـ محاولة تركيب

50 ـ ينبغي أن لا يعتبر التفسير الموضوعي احتياطياً.

انقاد المؤلفون الذين لا يزالون يعتبرون مبدأ سلطان الإرادة الأساس الجوهري للعقد، طبيعياً، إلى تعليم ما مفاده أن التفسير المسوّغ باعتبارات موضوعية غير مقبول إلا بصورة

---

(1) وفي هذا الاتجاه، J.P. Brill، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 175، حلقة الحوار الأولى.

(2) النقض المدني في 20 كانون الأول 1989، النشرة المدنية III، رقم 243، صفحة 132.

(3) انظر أيضاً في شأن أنواع أخرى من التسويغ، الرقم 51 اللاحق.

(4) قارن بحكم الغرفة التجارية في 23 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 77، ليس المدين المتفرغ في التفرغ المنصوص عليه في قانون 2 كانون الثاني 1981 ملزما بأي موجب إعلام لصالح المستهلك حول وجود الديون المتفرغ عنها وقيمتها.

احتياطية، أي عندما يكون من المستحيل على الإطلاق التقيد بنية الفريقين[1].

من الصحيح أن بعض الأحكام يعزز هذا التحليل. وقد سبق أن استشهدنا، على سبيل المثال، بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض التي نقضت حكم قضاء أدنى بأنه رجع حصراً إلى العادات لتفسير أحد العقود[2]. وهذا الحكم ينزع إلى أن يبين أن التفسير الموضوعي ليس إلا احتياطياً.

ومن المسموح به في الحقيقة التفكير في أنه ليست هناك أي علاقة بما هو احتياطي ذلك بأن موضوع التفسير الذاتي ليس موضوع التفسير الموضوعي ذاته.

فعندما تنقض محكمة النقض حكماً رجع إلى الطريقة الموضوعية بدلاً من أن يستوحي الطريقة الذاتية ـ والعكس مفهوم أيضاً ـ فذلك لأن قاضي الواقع طبّق على موضوع التفسير الطريقة غير الملائمة. وبتعبير آخر استخدم، للبحث عن كشف محتوى العقد، توجيهاً موضوعياً في حين أن التوجيه الذاتي وحده يمكن أن يقوده إلى النتيجة المأمولة، أو على العكس لجأ، لتحديد محتوى العقد، إلى توجيه ذاتي في حين أن التوجيه الموضوعي كان يفرض نفسه.

وهذا الطرح المزدوج يتحقق أيضاً من وجهة نظر أخرى على أرضية تعزيز محتوى العقد ودقته.

إن القاضي، بتفسير العقد موضوعياً، يقوم بعمل معياري[3]. فالموجب «المكتشَف»، على سبيل استخدام روسم (كليشية) تقليدي، أصبح مرتبطاً «بالنموذج» العقدي المعني، أياً كانت إرادة الفريقين، في حين أن القاضي بتفسيره العقد ذاتياً يتفحص هذا العقد بشكل مفرّد.

وهذا ما يفسر إقدام محكمة النقض على نقض أحكام قضاة الأساس عندما يأخذون في الاعتبار في تفسير العقود الإنصاف والعادة لاستبعاد أحد الفريقين عن قيامه بتعهداته الواضحة والدقيقة التي اضطلع بها بحرية[4]، في حين أنها على العكس تقبل الرجوع إلى هذه المعايير حتى ولو كان العقد واضحاً، عندما يتعلق الأمر بتفسير تكويني. يضاف إلى ذلك أن Ripert لاحظ أن «القضاة يضيفون ولكنهم لا يعتقدون أن لهم الحق بحذف شيء من اشترطات الفريقين»[5].

أما في ما يختص بدقة محتوى العقد فثمة ملاحظات مماثلة يمكن إبداؤها. فليس المقصود أبداً بتر العقد وإنما جعله منتجاً مفاعيل مفيدة. ومن المسموح به التفكير في أن ذلك هو معنى تدخّل محكمة النقض في مجال تفسير عقد التأمين.

---

(1) انظر على سبيل المثال Ph. Simler المذكور سابقاً، رقم 24.

(2) النقض المدني في 17 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 167، صفحة 116.

(3) حول مبتكر الاجتهاد انظر المدخل العام، رقم 422 وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال، النقض المدني في 2 كانون الأول 1947، مجلة قصر العدل، 1948، 1، 36.

(5) نقاش حول عرض السيد G. Marty في مناسبة أعمال رابطة H. Capitant المذكور سابقاً، صفحة 100.

51 ـ يتم التفسير الموضوعي بالإسناد إلى معياري العدالة والمنفعة الاجتماعية[1].

لا يعتبر العقد ملزماً إلا أن يكون قد تم قبوله بحرية وتحت شرط مزدوج أن يكون مفيداً وعادلاً. وعبارة «تم قبوله بحرية» ينبغي أن يفهم منها «ما إرادة الفريقين حقيقة»، بحيث أن المحاكم، بإفساح مكان واسع لطريقة التفسير الذاتية، تحتمي خلف المتعاقدين بدون أن تحل محلهم، أو على الأقل بدون أن تعطي انطباعاً كهذا. وليس بإمكانها تغليب مفاهيمها الشخصية ـ المتغيّرة إلى ما لا نهاية له ـ للمفيد والعادل؛ ومن هنا منع المحاكم تعديل اشتراطات الفريقين بحجة الإنصاف. وتنزع طريقة التفسير الذاتي بالتالي إلى الحفاظ على قوة العقد الملزمة، واحترام قرار القاضي وكذلك السلم الاجتماعي[2].

بيد أن إرادة الفريقين المشتركة، كما جرى التشديد على ذلك، ليست أحياناً سوى فكرة جوفاء. غير أنه من غير المشكوك فيه أن الفريقين أرادا إبرام عقد محدد، عقد تأمين، عقد إيجار، عقد بيع الخ.. وفي حال غياب ذلك يكون ثمة خطأ في الرضا أو غياب تام له، وبالتالي ليس هناك عقد على الإطلاق. كان هناك في أول الأمر توافق حول مبدإ العقد إلاّ أن كيفيات التنفيذ كان يمليها أحياناً متعاقد واحد ـ الأقوى اقتصادياً والأكثر ثقافة قانونية (ظاهرة الإذعان؟) ـ أو معقودة أحياناً بصمت ـ مجرد جهل مشترك، حتى عدم توقُّع (بالمعنى المشترك) ـ.

وهذا لا يعني أن طريقة التفسير الذاتي لم تعد تشكل أي إسعاف أو مساعدة[3]، في حال غياب الإرادة المشتركة القابلة للكشف عنها. وإقامة الثقة في القانون (بالمعنى الواسع) لم يعد بالإمكان إذاً تحقيقها إلا بالإقامة الموضوعية لنوع من التوازن في الوجبات وفقاً للعدالة. ولذلك يجري أكثر فأكثر تعداد أحكام محكمة النقض التي تستند بدون مواربة إلى المادة 1135 من القانون المدني، أما لتحديد موجبات الفريقين، وأما لتعزيز المحتوى الملزم للعقد.

على أن إعادة التوازن للعقد هذه يجب أن تتم بحذر، ذلك بأنه من فرط ما يراد إعادة التوازن أكثر من اللازم يمكن أن يؤدي ذلك إلى اختلال عكسي للتوازن وإلى توجيهية اجتهادية وازنة أكثر من اللازم من شأنها أن تجر إلى خسارة الثقة بالعقد وفي النهاية عدم فعالية الحلول النظرية المتبناة[4].

ومن المسموح به التفكير في أن ذلك أيضاً هو السبب الذي من أجله تراقب محكمة النقض مباشرة التفسير الموضوعي للعقد ـ ومبدأ هذا التفسير غدا مقرراً ـ وتنقض أحكام قضاة

(1) انظر A. Rieg، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 407، صفحة 406.

(2) قدم Demogue هذه القواعد كنتائج فكرة الأمن، المرجع عينه، ولا سيما الرقم 32، الصفحة 46 والصفحة 47.

(3) انظر Y. Paclot، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 299، صفحة 279.

(4) قارن باللاّفعالية الجزئية للقوانين الآمرة: تكوين العقد، رقم 165 وما يليه.

الأساس عندما يضعون على عاتق أحد المتعاقدين موجباً لا تفرضه المنفعة الاجتماعية للعقد ولا عدالة المعارضة[1].

وأخيراً نتبين كذلك أن المبادىء الموجهة للعقد هي التي تملي جميع الحلول في هذا الشأن.

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، المستشهد بها سابقاً.

الفصل الثاني

وصف العقد

52 ـ تعريف.

لاحظ العميد Batiffol أن «العمل القانوني اليومي يرتكز على تحديد الفئة القانونية المطبقة على حالة محسوسة؛ ويعني ذلك وصف الحالة المحسوسة»[1]. ويظهر الوصف كأداة، كطريقة يستخدمها القانوني يمكن أن تعرّف على وجه العموم بأنها نهج فكري يرتكز على ربط حالة ملموسة بمفهوم قانوني مجرد تعترف به سلطة معيارية[2] من أجل أن يطبّق عليها نظامها[3]. وعملية الوصف المحددة على هذا النحو تنطلق من الواقع لكي تعود إليه من

(1) Traité élémentaire de droit international privé، الطبعة الثانية، رقم 298، صفحة 351.

(2) Marty et Raynaud, Droit civil، المجلد I، Introduction générale à l'étude du droit، الطبعة الثانية، منشورات Sirey، 1972، رقم 131 مكرر، وهما يأخذان بما يلي: «لكي يصبح الواقع قانونياً ينبغي لذلك وجود الطابع المعياري الذي نجده حتى في المصادر غير القانونية مع السلطة والتماسك القضائي أو الرأي القانوني أو القبول كقانون».

(3) انظر على سبيل المثال بالنسبة إلى تعاريف مجاورة: H. Capitant, Vocabulaire juridique (صدرت ترجمته عن المؤسسة الجامعية للدراسات بعنوان معجم المصطلحات القانونية 1998): «التحديد الدقيق لعلاقة قانونية بهدف تصنيف هذه العلاقة في إحدى الفئات القانونية الموجودة» ـ Fr. Terré, L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1957، مقدمة R. Le Balle، رقم 11 صفحة 9 وصفحة 10: «.. يجب أن لا يغيب عن النظر أبداً أن أي وصف يسهم في ترجمة معطيات ملموسة بتعابير قانونية بهدف أن يطبق عليها نظام قانوني محدد» ـ J. Boré, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. Raynaud، رقم 1448، صفحة 474: «يرتكز وصف الوقائع أو العقود على مطابقة وضع واقعي مع مبدأ قانوني، وعلى تحديد أي فئة قانونية تدخل فيها هذه الواقعة أو هذا العقد الذي جرى التثبت من وجوده، وبالتالي تقدير أيّ نظام قانوني يطبق عليه» ـ J. Patarin, Le problème de l'équivalence juridique des résultats، أطروحة في باريس، 1951، رقم 3، صفحة 15: «يرتكز وصف وضع حقيقي على البحث عن أي مفهوم قانوني ينطبق عليه» ـ J. - F. Overstake, Essai de classification des contrats spéciaux، أطروحة في بوردو، L.G.D.J.، 1969، مقدمة J. Brethe De La Gressaye، صفحة 15؛ «البحث عن طبيعة العقد هو البحث عن تحديد هذا العقد لإدخاله في فئة قائمة سابقاً تطبق قواعدها على العلاقة العقدية المعنية» ـ Marty et Raynaud، الموجبات، 1962، رقم 60، صفحة 103، والبحث بالنسبة إليهما، عن الطبيعة القانونية لمفهوم خاص، «هو في الوقت عينه ربطها وإدماجها عن طريق عمل وصف في =

أجل تنظيمه[1].

والوصف يشترك مع التصنيف اشتراكاً وثيقاً[2]. على أنه لا يمكن أن يختلط به. فالتصنيف سابق للوصف الذي يتعذر فهمه بدونه[3]. وينزع الوصف إلى التصنيف، إلى تطبيق القاعدة القانونية التي يحتويها التصنيف، ولكنه لا يمتصه. وقد جرى البيان أنه «من الواجب مماثلة العقود التي تطبق عليها سلسلة قواعد قانونية كهذه مرتبطة بإحدى الفئات. وبدون إمكانية المماثلة هذه يكون أي تصنيف لا طائل تحته. فالوصف هو الذي يتيح للتصنيف القيام بدوره المفيد»[4]. وينبغي كذلك تفريق الوصف عن التفسير. فوصف وضع ما يفترض الوقائع القائمة، سواء جرى اعتبارها ثابتة بالنسبة إلى الفريقين أو أن على القاضي تفسيرها. فتفسير الوقائع إذاً سابق لعملية الوصف[5] ويعود إلى منهجية أخرى[6].

= صميم فئة أعم يتوقف عليها كذلك تحديد النظام القانوني»، والرقم 130 أو الرقم 131 مكرر، صفحة 247 وما يليها - H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge، Dalloz 1964، العرض XXXIIV، صفحة 235 وما يليها. والوصف في عرف المؤلف «هو ترجمة مفاهيم واقعية بمفاهيم قانونية»... «يولد الوصف باتصال عناصر واقعية بماهية معيار قانوني» (رقم 6 ورقم 7) - أضف إلى ذلك: R. Martin, La règle de droit adéquate dans le procès civil، Dalloz 1990، العرض XXIX، صفحة 163 وصفحة 164 «الوصف هو التقنية العامة لتحقيق القانون» (رقم 2).

(1) H. Motulsky, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé (la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs)، أطروحة في ليون، 1947، رقم 62، صفحة 61: «تجري إذاً، في آونة معينة، عودة القانوني إلى الاجتماعي: بالتحليل المتواصل يغدو القانون، أو بالأصح يغدو مجدداً واقعة».

(2) انظر: H. Croze, Recherche sur la qualification en droit processuel français، أطروحة في ليون، طبع على الآلة الكاتبة، 1981: «يدل تعبير الوصف أيضاً على العملية الفكرية لتطبيق القانون على الواقع وكذلك الفئة القانونية، حتى القاعدة القانونية، المطبقة على هذا النحو» - موسوعة Dalloz، فهرس القانون الدُولي الخاص V الوصف، لـ Ph. Francescakis، رقم 4.

(3) H. Motulsky، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 22، صفحة 24: «تجري ترجمة الواقع الاجتماعي بالفعل عن طريق «الوصف»، أي بأن يطبق على الظاهرة الملموسة تعبير يمثل معادلة القانوني. والحال إننا لا نرى ما يمكن أن يكون هذا التعبير سوى تسمية مجموعة قواعد قانونية. وبالتالي إذا كان يمكن أن «نصف» مجموعة أعمال في الحياة «بعقد بيع»، فذلك بأن عدداً معيناً من القواعد القانونية كانت مسبقاً مجمعة في فئة مسماة «عقود بيع» - أضف إلى ذلك L. Cadiet, Interrogations sur le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، رقم 27، ولا سيما التعليق 1 صفحة 25 ورقم 28، صفحة 25 وما يليها. يلاحظ المؤلف أن تخصيص العقود، في القانون الفرنسي، كان في نمو منذ إصدار مدوّنة قوانين نابوليون، مما كان له طبيعياً مفعول تعزيز دور وصف العقد. على أن التصنيف ليس ظاهرة شمولية. فبعض الأنظمة القانونية، كما في انجلترا، مثلاً، يجهل مفهوم العقد الخاص. إن منفعة وصف العقد، من وجهة نظر علمية بالتحديد، تتوقف بشكل أساسي على حل النزاع الدائم والقائم بين النظرية العامة للعقد ونظرية العقود الخاصة. وكلما زادت اهمية النظرية الأولى كلما فقد وصف العقد، كأداة تصنيف الاتفاقية، أهميته والعكس بالعكس.

(4) J.F. Overstake، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 16.

(5) Fr. Terré، رقم 12، صفحة 10؛ رقم 674، صفحة 541 - موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية V° العقود والموجبات، تأليف L. Boyer، 1971، رقم 205 - H. Motulsky, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge، 1964، Dalloz، العرض XXXIV، صفحة 235 وما يليها ورقم 11، صفحة 238.

(6) انظر الرقم 6 السابق وما يليه.

53 ـ مظاهر الوصف الحالية.

وصف العقد مسعى يحوي مراحل متتابعة عديدة. ويتساءل القاضي أو المحامي أو الكاتب العدل، عندما يواجه بتوافق الإرادة، في أول الأمر، حول قيمته عمّا إذا كان هذا الاتفاق قد تم من أجل إنتاج مفاعيل قانونية[1]. فإذا كان الجواب إيجابياً عليه أن يدفع تحقيقاته وأن يطرح على نفسه مسألة معرفة أي فئة قانونية عامة تجد فيها هذه الاتفاقية عناصر ارتباطها[2]، لكي يطبق عليها النظام القانوني المناظر لها.

ويتوقف حل نزاع ما أحياناً على معرفة أي فئة قانونية عامة من المناسب ربط توافق الإرادة بها وحسب. فالوصف الخاص هو إذاً بلا فائدة[3]. فهل يتعلق الأمر بعقد غرر أو بعقد معاوضة؟ ويكون الغبن مطبّقاً أم لا بحسب الجواب المعطى[4]. وتكون قواعد الإثبات مختلفة حسبما يكون الأمر متعلقاً بعقد ملزم للطرفين أو بعقد أحادي الجانب[5]. وقد حُكم بأن الوصف الخاص بأحد العقود ليس له تأثير على الاختصاص القضائي ما دام أن موضوع الاتفاقية وحده هو المعيار الذي يتيح تحديد الاختصاص[6].

وتكمل مرحلة ثالثة هذا الاستدلال. وهي تقضي بتحديد الفئة القانونية الخاصة التي يرتبط بها العقد. وذلك يعني التفريق بين العقود المسماة وبين العقود غير المسماة[7]؛ وكذلك أيضاً التفريق بين مختلف العقود الخاصة الخاضع كل منها لجسم قواعد نوعية أو إجراء أو أساس، سواء أكانت من الانتظام العام أم لا[8]. إنه وصف العقد، بالمعنى الضيق، الذي يظهر مجاله أوسع من مجرد التعارض بين المسمى وغير المسمى. وبالفعل يمكن أن يتضمن نموذج عقد في ذاته بدائل مختلفة[9] يخضع كل منها لنظام قانوني خاص.

ويتوقف اختصاص القضاء في مجال عقود الإيجار على طبيعة عقد الإيجار. فإذا كان المقصود إيجاراً تجارياً خاضعاً لأحكام مرسوم 30 أيلول 1953 فإن الاختصاص القضائي

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 10.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 12 وما يليه.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux، الطبعة السابعة، 1993، رقم 1.

(4) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 642 وما يليه، صفحة 613 وما يليها.

(5) النقض المدني في 16 أيار 1900، يوميات الكتابة العدل 1900، البند 27181، صفحة 548 ـ عريضة 20 كانون الثاني 1913، يوميات الكتابة العدل، 1913، البند 30604، صفحة 284 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 نيسان 1988، النشرة المدنية، I، رقم 99، 67. وكذلك Fr. Grua, Les effets de l'aléa et la distiction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 263 وما يليها.

(6) النقض التجاري في 3 آذار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 48.

(7) النقض الاجتماعي في 2 تموز 1953، Dalloz 1953، صفحة 693، ملاحظة R. Savatier.

(8) انظر الرقم 98 اللاحق وما يليه.

(9) انظر الرقم 54 اللاحق وما يليه.

(10) Ph. Malaurie et L. Aynès, Les contrats spéciaux، رقم 36 ورقم 37.

يكون اختصاص المحكمة البدائية (المادة 29 من المرسوم والمادة 312 ـ R 3 من قانون التنظيم القضائي). وإذا كان المقصود إيجاراً يتناول أماكن سكن، مختلطة أو مهنية، فإن المحكمة الصالحة للنظر في النزاعات هي محكمة البداية (قاض منفرد) (المادة 321 ـ R 2 من قانون التنظيم القضائي)، وللوصف الخاص للإيجار أهمية خاصة جداً[1].

54 ـ دور وصف العقد في فروع القانون المختلفة[2]:

وصف العقد نهج فكري يأخذ شكل القياس[3]. والمقصود دائماً في القانون الخاص الداخلي تعيين الاتفاقية بتحديد الفئة القانونية التي تنتمي إليها لكي يطبّق عليها نظامها القانوني، وكان الأمر يتعلق في قانون العقوبات حتى إصلاح 22 تموز 1992 بتعيين الاتفاقية من أجل وصف جريمة ما. ويصف القانون الضريبي العقد من أجل استيفاء الضرائب. وينظم الوصف في القانون الدولي الخاص أنواعاً من تنازع القونين بدون الارتباط مباشرة، على الأقل بصورة عامة، بخاصية العقد، أي على سبيل المثال بدون الكلام على طابع البيع والإيجار في عمل ما، فوصف العقد وحده يرتدي طابع الأهمية. ويقوم وصف العقد في القانون المجموعي (اي المتعلق بالمجموعات الاوروبية) بدور مماثل للدور الذي يقوم به في القانون ألداخلي، بيد أنه يستبعد الوصف الوطني من أجل تأمين الوحدة في تطبيق التنظيمات المجموعية بالنسبة إلى الأعضاء جميعاً.

55 ـ وصف العقد في القانون الخاص الداخلي موجّه دائماً نحو هدف معين: تطبيق نظام قانون محدد[4].

حُكم على سبيل المثال في 9 تشرين الثاني 1987[5] بأن اتفاقية ما تحوي، بالنسبة إلى إحدى الشركات، موجب منح حصرية توزيع منتوج ما، وبالنسبة إلى الشركة الشريكة في

---

(1) انظر حول هذه المسائل M. Renard، مصنف الاجتهادات الدوري، Bail à loyer، الكراسة 710، ٧°، Bail à loyer, Contentieux et sanctions, Compétence juridictionnelle، 1988.

(2) في ما يتعلق بوصف العقد في القانون الإداري سنكتفي بالاحالة إلى شروحات السيد D. Truchet, Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté, in Le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، صفحة 185 وما يليها.

(3) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 2 -.H. Motulsky الأطروحة السالفة الذكر، ولا سيما الرقم 48 وما يليه، صفحة 46 وما يليها. انظر كذلك: المدخل العام، رقم 46 وما يليه حول القياس القضائي.

(4) انظر: Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol. tome III, Sûretés réelles, publicité foncières, Contrats civils, principaux contrats, L.G.D.J. 1958، رقم 1286، صفحة 439. انظر كأمثلة النقض في مناسبة عريضة 10 تشرين الثاني 1915، يوميات الكتابة العدل، 1916، البند 31309، صفحة 168 (وصف عقد إيجار في اتفاقية يستأجر بموجبها أحد الأشخاص الصيد البري في قطعة أرض تعود للغير وتؤدي إلى تطبيق المادة 1728 من القانون المدني)، والأمثلة الواردة في الرقم 48 السابق.

(5) نقض مدني، 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 237، صفحة 177؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21186، ملاحظة G. Virassamy.

التعاقد موجب تأمين تنشيط هذا المنتوج وبيعه الذي لا يجري تحليله كبيع مع موجب ذكر الثمن وإنما كموجب فعل. ووصف العقد يستبعد تطبيق القواعد الخاصة لعقد البيع المتعلقة بعدم تحديد الثمن[1].

وغالباً ما يملك القاضي خياراً عندما يريد تطبيق نظام قانوني على عقد لم يُرتقبه في الأساس، وبإمكانه التصرف عن طريق توسيع تماثلي بدون تناول الوصف، أو أن يتناول الوصف مباشرة، وبصورة أدق الفئة الموجودة سابقاً. على أن المصدر الوحيد المتاح أمام القاضي غالباً ما يرتكز على تناول الصف بصورة مباشرة.

وفعل تناول الوصف للحصول على نتيجة معتبرة مناسبة، عن طريق نظام مناسب، يمكن أن يقود إلى تشويه خطر للمفاهيم.

وقد نظرت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بتاريخ 9 كانون الأول 1986[2] في نزاع بين بائع قطعة أرض وشاريها الذي التزم بالمقابل بإشادة أبنية على قطعة بقيت بملكية البائع. وقد رفض البائع القيام ببعض موجباته وقاضى الشاري لأجل إبطال الاتفاقية. وقاضي الشاري من جهته البائع لتحقيق البيع. ورفض قضاة الأساس أعلان بطلان العقد فقدّم الشاري طعناً أمام محكمة النقض. كان يأخذ على محكمة الاستئناف إنها أبطلت العقد لعدم وجود ثمن قابل للتحديد في حين أن الاتفاقية في حال عدم وجود ثمن متفق عليه «يجب أن تعتبر كإيفاء بعوّض أو كعقد مقاولة جزافية وإنما ليست بيعاً يفترض دفع ثمن بالعملة أياً كانت التسمية التي اعتمدها الفريقان». وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن بحجة أن «بيع شيء ما يمكن أن يتحقق عن طريق مقابل غير دفع مبلغ من المال، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف لم تنتهك المادة 1582 من القانون المدني عندما أخذت، وفقاً لأحكام الاتفاقية، بأن الفريقين كانا يتوخيان إبرام عقد بيع.

كان الهدف المرجو تطبيق نظام البطلان لعدم تحديد الثمن على أساس المادة 1591 من القانون المدني[3]. بيد أن وصف البيع، في غياب ثمن متفق عليه بالعملة، لا يمكن الأخذ به من حيث المبدأ، ذلك بأنه أحد أركان العقد الجوهرية[4]. إن غياب الثمن كان

---

(1) انظر على وجه الخصوص حول تطور الاجتهاد في هذا المجال وقد أصبح يفرق، لتطبيق قواعد تحديد الثمن، العقود التي يكون موضوعها الأصلي موجب فعل عن التي يكون موضوعها الرئيسي موجب إعطاء، تكوين العقد، رقم 722 وما يليه.

(2) النشرة المدنية III، رقم 177، صفحة 139.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 704 وما يليه.

(4) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français، الجزء X، 1956، تأليف Givord و Hamel و Tung، رقم 35، صفحة 34 ـ انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية I، رقم 292، صفحة 219؛ Dalloz 1968، الصفحة 29 من الموجز. وقد رأت أن العقد الذي يفرض على أحد الفريقين نقل رقبة المُلك هو عقد غير مسمى بعوض، ذلك بأن الخدمة لا يمكن اعتبارها ثمناً رغماً عن تقويم مطلوب لغايات ضريبية ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار =

يؤدي إضافة إلى ذلك إلى استحالة مادية في أن تمتد القواعد المتعلقة بتحديد الثمن إلى الاتفاقية. وحسب هذه المقدمات المنطقية كانت الطريق الوحيدة التي يمكن أن يلتزمها القاضي ترتكز إذاً على تناول الوصف وقبول كون الثمن المتفق عليه يمكن أن يكون حاجة ما وليس بالضرورة مبلغاً من المال. وبالتالي يغدو وصف البيع ممكناً، وفي الوقت ذاته تطبيق المادة 1591 من القانون المدني[1]. ومن المعلوم في الواقع أن الاجتهاد يأخذ منذ عام 1978[2] بأن البطلان لعدم تحديد الثمن، وعلى وجه أعم تحديد «مقدار الشيء»، مبني على الأحكام العامة للمادة 1129 من القانون المدني مما كان يمكن أن يسمح بتجنب وصفاً للبيع منازع فيه جداً في الحالة الراهنة.

إن تعديل المفاهيم الصالحة كإسناد للوصف عن طريق الرجوع إلى فكرة التكافؤ خطر، ذلك بأنه يفقدها أي ودقة ويُدخل عنصر عدم اليقين[3]. وعندما يتناول، كما في الحالة الراهنة، عنصراً أساسياً في المفهوم يكون مفعوله القضاء على التصنيف. ومن الأكيد أن إلغاء تطلب الثمن في البيع يقود إلى مماثلة كاملة لعقد البيع بالتبادل (أو المقايضة). ولذلك ينبغي أن لا تكون هذه الطريقة مستخدمة إلا بحذر. فتحديد الفئة القانونية التي يجب أن ينزع إليها الوصف يمكن تحديدها بدقة على وجه أكيد، غير أن هذه الدقة يجب أن لا تقود إلى الهدم. وبالمقابل، عندما يستطيع القاضي أن يجعل تطبيق نظام قانوني ما على عقد آخر عن طريق المماثلة فإنه يدع الوصف سليماً ولا يتعرض لهذه المآخذ.

56 ـ وصف العقد، قبل إصلاح عام 1992، في قانون العقوبات، كان يظهر أحياناً أساسياً عندما يتعلق الأمر بمعاقبة بعض التصرفات.

كانت المادة 408 من قانون العقوبات التي تعاقب على سوء الائتمان تتعلق حصراً باختلاس أشياء سبق أن سلمتها الضحية بموجب أحد العقود السبعة التي تعددها حصراً[4].

= 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 42؛ Dalloz 1981، صفحة 442 من التقرير، ملاحظة Ch. Larroumet.

(1) انظر كمثال آخر، في شأن التحديد وفقاً لمؤشر متحرك، J. Ghestin et M. Billiau, Le prix dans les contrats de longue durée، L.G.D.J. ،1990، رقم 42، في ما يتعلق بالتفريق بين شرط التحديد وفقاً لمؤشر متحرك وشرط تحديد الثمن.

(2) انظر تكوين العقد؛ رقم 718 وما يليه.

(3) انظر: J. Patarin, Le problème de l'équivalence juridique des résultats، أطروحة في باريس، 1951، رقم 85 وما يليه، صفحة 211 وما يليها، ولا سيما رقم 88، صفحة 218 وصفحة 219.

(4) بالنسبة إلى إعادة وصف العقد المعتبر غير مسمى من قبل قضاة الأساس كعقد إيداع يكمله عقد وكالة، الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 12 آذار 1974، النشرة الجنائية، رقم 101، صفحة 259، Dalloz 1974، صفحة 607، ملاحظة M. Véron. وكذلك: الجدول العشري لأحكام الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 1959 ـ 1960، v° سوء الائتمان، رقم 6 وما يليه، صفحة 13 وما يليها ـ وعلى صعيد رقابة الوصف في القانون الجزائي، J. Boré, La cassation en matière pénale, L.G.D.J., 1985، مقدمة A. Vitu، رقم 3547 وما يليه، صفحة 1080 وما يليها. وكذلك: في شأن الطابع التحديدي لتعداد المادة 408، مما يستبعد البيع =

وقد طُرحت مسألة معرفة ما إذا كانت الأوصاف التي تتبناها فروع القانون اخرى، ومنها قانون العقود المدني، يجب أن تُفرض على القاضي الجزائي أو عما إذا كان هذا الأخير يملك نوعاً من الاستقلالية[1]. وقد اعترف الاجتهاد لنفسه بهذه السلطة؛ وهذا ما أيده الفقه[2]، وإنما مع ملاحظة أن «خاصية مهمة القاضي الجزائي ليس في وسعها إضفاء الشرعية على التنكّر المنهجي لجميع المؤسسات غير الجزائية التي اعتبرها القانون العقابي حارسة»[3].

وهكذا يجب توفيق القاعدة لا جريمة ولا عقوبة بدون قانون (nullum crimen, nulla pœna sine lege) مع مبدإ استقلالية القانون الجزائي. ولا يمكن معاقبة سوء الائتمان إلا أن يتعلق العقد بوصف عددته المادة 408 من قانون العقوبات[4]، غير أن القاضي الجزائي كان يملك سلطة مستقلة لوصف العقد الذي يتوقف عليه تطبيق القانون الجزائي. وهكذا كانت الغرفة الجنائية في محكمة النقض تستبعد أحياناً وصفاً موحداً مبنياً على فكرة اللاانقسامية لمعاقبة سوء الائتمان. وقد حكمت بأن عقد البيع في صورة إيجار، بخلاف الإجارة البيعية، التي يسوسها قانون 2 تموز 1966، يتكون بصورة أساسية من عقد إيجار مقترن لصالح المستأجر بوعد ببيع أحادي الجانب. وبالتالي كانت قواعد الإيجار مطبقة وكان يمكن اعتبار الشريك في التعاقد مرتكباً جريمة سوء الائتمان[5]. وعليه كان البيع في صورة إيجار المتعلق بالمنقول مماثلاً بلا قيد أو شرط بأحد العقود المعددة في المادة 408 من قانون العقوبات موصوفاً بإيجار أشياء.

وتحرم المادة 314/ 1 من قانون العقوبات الذي يعاقب اليوم سوء الائتمان وصف العقد من أي فائدة طالما أن طبيعة هذا العقد أصبحت غير مكترث لها. فقد ورد في النص الجديد «سوء الائتمان هو إقدام أحد الأشخاص، للإضرار بالغير، على اختلاس أموال أو قيم أو أي مال سلّمت إليه وقبل عبء ردّها أو تقديمها أو استعمالها في غرض معين».

= مع التحفظ لجهة الملكية وعقد الحساب لأجل، محكمة فرساي. الغرفة التاسعة، 24 كانون الثاني 1991 والنقض الجنائي في 28 كانون الثاني 1991، Dalloz 1991، الصفحة 273 من الموجز، ملاحظة G. Azibert. إضافة إلى ذلك: حول طبيعة رقابة محكمة النقض في ما يتعلق بوصف العقد، النقض الجنائي في 3 تشرين الأول 1991، Dalloz 1991، الصفحة 261 من التقرير (رقابة محدودة بالتشويه).

(1) انـظـر: R. Merle et A. Vitu, Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Procédure pénale، منشورات Cujas، 1973، رقم 134 وما يليه، صفحة 182 وما يليها، رقم 322، صفحة 375 وصفحة 376.

(2) R. Merle et A. Vitu، المرجع عينه والاستشهاد ذاته ـ J. Boré, La cassation en matière pénale, L.G.D.J. 1985 مقدمة A. Vitu، رقم 2563، صفحة 773.

(3) R. Merle et A. Vitu المذكوران سابقاً، رقم 138، صفحة 187 في نهايتها.

(4) انظر: J. Boré المرجع عينه، رقم 3556، صفحة 1083.

(5) النقض الجنائي في 14 شباط 1979، النشرة الجنائية، رقم 68؛ Dalloz 1979، الصفحة 177 من التقرير، ملاحظة G. Roujou De Boubeé الصفحة 215 من التقرير، ملاحظة Puech ـ النقض الجنائي في 12 تشرين الثاني 1979، النشرة الجنائية، رقم 312؛ Dalloz 1980 الصفحة 202 من التقرير، ملاحظة M. Vasseur.

57 ـ يأخذ القانون الضريبي بوصف العقد في صدد مطرح الضريبة.

يرتدي الوصف إذاً أهمية أكيدة[1]. فرسوم التسجيل مثلاً، حسبما يكون العقد مسمى، أو غير مسمى تكون متميزة، ذلك بأن العقود غير المسماة تخضع دائماً لرسم محدد بمقتضى المادة 680 من القانون العام للضرائب[2]:

58 ـ للوصف في القانون الدُولي الخاص موضوع تسوية بعضٍ من تنازع القوانين.

على القاضي الفرنسي، تجاه وضع واقعي من شأنه تطبيق قاعدة التنازع، أن يحدد القانون الواجب التطبيق. وهو ملزم لهذه الغاية بوصف هذا الوضع لأن الوصف سابق لاختيار القانون الواجب التطبيق، ويرجع القاضي الفرنسي إلى مفاهيم قانونه الخاص. إنه مبدأ وصف قانون المحكمة[3]. بيد أن القانون الدولي الخاص لا يهتم بوصف العقد بالمعنى الضيق لأن العقود يسوسها قانون الاستقلالية[4]:

59 ـ للوصف في القانون المجموعي (اي المتعلق بالمجموعات الاوروبية) وظيفة توحيدية.

يظهر الوصف كمحرك انبثاق قانون مجموعي موحد ومستقل. وقد حكمت محكمة عدل المجموعات الأوروبية في 14 كانون الثاني 1982، بأن «النظام القانوني المجموعي لا يتوخّى بالفعل من حيث المبدأ تعريف أوصافه باستيحاء نظام وطني أو عدة أنظمة منه بدون تعيين صريح»[5]. ويمكن، في المجال العقدي، إيراد قرارين طبقا ما يمكن تسميته مبدأ القانون المجموعي، بالمقارنة مع القاعدة التي تحمل الاسم نفسه والتي تبناها قانون العقوبات الداخلي الفرنسي. ويقترب هذا المبدأ من مفهوم وصف قانون المحكمة (Lege fori) في القانون الدُولي الخاص.

وهكذا حددت محكمة عدل المجموعات الأوروبية بدقة ما يجب فهمه من عبارة «البيع بالتقسيط» لتطبيق المادة 13 من اتفاقية بروكسل بتاريخ 27 أيلول 1968 المتعلقة بالاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في الشأن المدني[6] كما حكمت من أجل تطبيق المادة 5 الفقرة

---

(1) انظر النقض التجاري في 12 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، IV رقم 7 صفحة 4، الحكم بأن امتياز استعمال اسم تجاري لا يدخل ضمن نص المادة 17 من قانون الضرائب العام، ورقابة الوصف الذي أخذ به قاضي الأساس.

(2) انظر حول اهتمام المشترع الضريبي بالعقود غير المسماة، D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé أطروحة في ليون، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 201، صفحة 222 وما يليها.

(3) انظر حول هذه المسائل، H. Batiffol et P. Lagarde, Droit international privé، الجزء I، الطبعة السابعة، L.G.D.J.، 1981، رقم 291 وما يليه، صفحة 338 وما يليها.

(4) H. Batiffol et P. Lagarde، المذكوران سابقاً، رقم 284، صفحة 331 وصفحة 232.

(5) Hauptzollamt Gronau ضد Corman، مجموعة محكمة عدل المجموعات الأوروبية 1982، صفحة 13 وما يليها.

(6) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 21 حزيران 1978، Bertrand ضد Ott، مجموعة محكمة عدل =

الأولى من هذه الاتفاقية بأن «ثمة ما يدعو إلى اعتبار مفهوم المادة العقدية كمفهوم مستقل يقتضي تفسيره لتطبيق الاتفاقية بالرجوع بصورة أساسية إلى نظام الاتفاقية المذكورة وأهدافها في سبيل أن تؤمِّن لها فعاليتها التامة». . «وأن الانضمام إلى رابطة ينشيء بين الشركاء روابط وثيقة مَن النموذج عينه كالروابط التي تقوم بين الفرقاء في عقد ما، وأنه من المشروع بالتالي اعتبار ذلك موجبات عقدية»[1]. ووصف توافق الإرادتين والعقد الخاص في القانون المجموعي هو بالتالي مستقل ويتم بالمنطق عينه كالقانون الداخلي، على اعتبار ان المفعول المتوخى هو دائماً تطبيق نظام قانوني محدد سابقاً على وضع واقعي محدد أيضاً.

60 ـ الفصل بين الوصف والنظام القانوني للعقد.

في وسع الإرادات الفردية، ضمن بعض الحدود، أن تتناول الأوصاف المسماة[2]. ويسعى الفريقان بهذه الطريقة إلى الملاءمة بين وصف معدّل بمفعول عملها والنظام القانوني للوصف المجرد.

بيد أن بإمكانهما كذلك فصل وصف النظام بإخضاع عقدهما لنظام قانوني يعود إلى فئة ثانية[3] أو، بصورة جذرية أقل، استبعاد بعض القواعد البديلة أو إضافة اشتراطات خاصة أيضاً إلى اتفاقيتهما مأخوذة عن عقود خاصة أخرى أم لا. وهذا النهج مشروع بالنسبة إلى مبدإ الحرية العقدية بيد أن له حدوده الطبيعية أمام الانتظام العام الاقتصادي والاجتماعي الذي يحدد بشكل آمر محتوى بعض العقود[4].

61 ـ تكافؤ النتائج

لا تتمثل في وصف العقد المنفعة إلاّ أن تكون قد وضعت في التنافس نظامين قانونيين متميزين مرتبطين بتصنيف خاص[5]. وحتى صدور قانون 4 كانون

= المجموعات الأوروبية، 1978، صفحة 1431، وما يليها.

(1) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 22 آذار 1983، Peters ضد S.N.A.V، مجموعة محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 1973، صفحة 987 وما يليها.

(2) انظر الرقم 84 اللاحق وما يليه.

(3) انظر النقض الاجتماعي، 29 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، V، رقم 501، صفحة 378 الأخذ «بأنه، إذا كان الفريقان بإمكانهما أن يضعها نفسيهما اتفاقيا في حقل تطبيق نظام المسافرين، كممثلين ووسطاء تجاريين، فينبغي من أجل ذلك أن توخيا إعطاء الأجير المعني صراحة حقه كهذه، وأن محكمة الاستئناف قدرت أن المستخدم لم يكن يتوخى الاعتراف للأجير بصفة ممثل نظامي أو إفادته من هذا النظام».

(4) انظر تكوين العقد، رقم 147 وما يليه، بالإضافة إلى: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 90، صفحة 68؛ Dalloz 1987، صفحة 577، ملاحظة G. Morin. عندما يثبت أن ثمن شراء عقار يجب أن يمول عن طريق القرض، يكون هذا العقد بالضرورة مبرماً تحت شرط معلق للحصول عليه رغماً عن الذكر الخطي الذي يعلن فيه الشاري عدم التذرع بأحكام القانون رقم 79 ـ 596، تاريخ 13 تموز 1979 المتعلق بإعلام المقترضين وحمايتهم في المجال العقاري.

(5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 16 شباط 1993 النشرة المدنية IV، رقم 63، صفحة 42، لا تطبق القواعد المتعلقة بتحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك والمحددة في المادة 79 من الأمر الاشتراعي بتاريخ =

الثاني[1] كانت مسؤولية مقاول البناء العقاري من طبيعة مختلفة عن طبيعة البائع. كان ذلك إذاً وصف العقد الذي كان يتيح تحديد نظام المسؤولية المطبق[2].

إلاّ أن بعض الاتفاقيات ينتج مفاعيل متشابهة أياً كان وصفها الخاص[3]، حتى ولو بيّن

= 30 كانون الأول 1958 المعدلة على عقد الإدارة التأجيرية لمؤسسة تجارية بمقدار ما لا يكون هذا العقد متعلقاً بعقار مبني ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 أيار 1989 النشرة المدنية، III، رقم 105، صفحة 58، لا يطبق مرسوم 30 أيلول 1953 إلاّ على إيجارات الأمكنة أو العقارات ولا يطبق على الإدارة الإيجارية لمؤسسة تجارية ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1986، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 74. وكانت المسألة المطروحة من معرفة ما إذا كان الإيجار لمدة طويلة الذي يتناول قطعة أرض غير مبنية كانت للمستأجر تعاقدياً إمكانية تشييد أبنية عليها إيجاراً حكرياً، وفي هذه الحالة يخضع لأحكام مرسوم 90 أيلول 1953، أو إيجاراً للبناء يعود إلى تنظيم آخر. وقد حكمت محكمة النقض بأن الأمر يتعلق بإيجار حكري. انظر، كأمثلة أخرى على المنازعة في الوصف: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 74، صفحة 58 (إيجار تجاري أو فصلي) ـ النقض التجاري في 20 شباط 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 74، صفحة 64 (كفالة أو ضمان عند أول طلب) ـ النقض التجاري، 12 كانون الأول 1984، النشرة المدنية IV رقم 344، صفحة 280 (ضمان عند أول طلب أو كفالة أو تفويض) ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1987، النشرة المدنية، III رقم 144 صفحة 68. إن عقد الاحتفاظ بعقار معدّ للبناء (إعادة 261 ـ R 25 إلى 261 ـ R 31 من قانون البناء والإسكان) ليس وعداً بالبيع تم قبوله باستثناء ظروف خاصة (الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 270، صفحة 206)، مما ينتج عنه أن الوريث الفرضي (صاحب الحصة المحفوظة، لا يمكنه إجبار الحاجز على تحقيق البيع، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1982)، النشرة المدنية III، رقم 150، صفحة 87 (إيجار فصلي أو إيجار استعمال للسكن يعطي الحق في التجديد تطبيقاً لقانون 22 حزيران 1982) ـ النقض الإجتماعي في 8 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية V رقم 651 صفحة 392 (وصف عقد عمل) ـ الغرفة المدنية الأولى (وصف ايجار وليس وصف عقد خاضع لأحكام القانون رقم 78 ـ 22، 10 كانون الثاني 1978)، الغرفة المدنية الثالثة، 3 شباط 1982، النشرة المدنية I رقم 60، صفحة 51، فهرس Defrénois، 1982، البند 32972، رقم 101، ملاحظة J.L. Aubert، العقد بين مستثمر مخيم مالك قافلة تتوقف مقابل عائدة ليس إيداعاً مأجوراً وإنما هو إيجار لا يتضمن أي موجب حراسة.

(1) قانون 4 كانون الثاني 1978 وحّد في مجال البناء العقاري، نظام مسؤولية جميع الأشخاص المرتبطين بصاحب العمل بعقد إيجار عمل ومسؤولية بائع العقار بعد الإنجاز الذي بني أو عمل على البناء وأي شخص قام بمهمة تماثل بمهمة مستأجر العمل (المادة 1972 ـ 1 ـ من القانون المدني).

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1973، النشرة المدنية III، رقم 619.

(3) على سبيل المثال المادة 312 ـ L. 2 من قانون الاستهلاك المتعلقة بإعلام المقترضين وحمايتهم في الشأن العقاري التي تنص على أن «أحكام الفصل السابق تطبق على القروض التي أياً كان وصفها أو تقنيتها، تتم بشكل اعتيادي من قبل شخص طبيعي أو معنوي» من أجل تمويل اكتساب ملكية عقار لاستعمال مهني أو لاستعمال مهني وسكني. وقد حكمت محكمة النقض بأن هذا النص يطبق على العملية التي تؤدي إلى إعطاء مكتسبي الملكية اعتماداً له قيم معينة مقابل فوائد تحسب تبعاً لهذه القيمة، بدون أن يكون للوصف الذي اعتمد الفريقان، والذي يستبعد تطبيق القانون، أي تأثير (الغرفة الأولى في محكمة النقض، 10 حزيران 1987، النشرة المدنية I، رقم 190، صفحة 141. وكذلك: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الثاني 1993 النشرة المدنية I، رقم 29، صفحة 19) ـ انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية I، رقم 35، صفحة 23، «لا تفرق المادة 869 من القانون المدني المحررة بتعابير عامة بين أن تكون المبالغ التي يجب على مستحق الإرث أن يردها موضوع هبة أو =

أحد المؤلفين أنه ليست هناك في المطلق تقنيات قانونية مرادفة «لأن كلا منها بسبب قصديته الأولية يشرط نتيجة خاصة به»[1]. وليس لوصف العقد هنا منفعة. ولهذا السبب حكمت محكمة النقض بأن المحاكم ليست ملزمة بتحديد العلاقات القانونية بين الفرقاء ما دام أنهم يبينون أن النتائج كانت متماثلة في الفرضيتين المقدمتين[2]. إن مفعول التنسيق بين الأنظمة القانونية لمختلف العقود الخاصة بالضرورة، إلى أجل قصير أو طويل، تقليص دور وصف العقد[3]. والحالات التي يكون فيها وصف العقد بلا فائدة تبقى مع ذلك استثنائية. وسنعالج على التوالي معايير وصف العقد والمنازعة في الوصف.

= قرض». فوصف العقد إذاً مجرد من المنفعة. انظر كذلك النقض التجاري في 5 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية IV، رقم 327، صفحة 227؛ Rjda، 1992، رقم 68، صفحة 49؛ Dalloz 1991، الصفحة 269 من التقرير «اعتبار المصرف، أياً كانت العلاقات العقدية مع زبونه، ملزم بإعلامه المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها في عمليات المضاربة في الصفقات لأجل». وعليه لم يكن للنقاش حول طبيعة العقد القانونية ـ عقد إدارة حقيبة أو عقد إيداع سندات ـ أي تأثير على حل النزاع.

(1) R. Perrot, De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques، أطروحة في باريس، 1947، رقم 22 وما يليه، صفحة 62 وما يليها.

(2) النقض التجاري في 12 أيار 1965، النشرة المدنية، III، رقم 308، صفحة 280 ـ النقض التجاري في 13 كانون الثاني 1964، النشرة المدنية، III، رقم 18، صفحة 15. وكذلك النقض الاجتماعي في 2 تموز 1953، Dalloz 1953، صفحة 693، ملاحظة R. Savatier.

(3) انظر: Rh. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 37. بالإضافة إلى: D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé أطروحة في ليون، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 26 وما يليه، صفحة 36 وما يليها.

القسم I

معايير وصف العقد

62 ـ تظهر الاتفاقية في عملية وصف العقد كواقعة ولو كانت موضع إثبات وصف جزئي، مما أتاح تحديد طبيعة توافق الإرادتين وخاصياته العامة[1]. وتبدو هذه الواقعة في مظهر مزدوج: إنها تتألف من عنصر أو عدة عناصر مُحكمة وفقاً لبنية معينة.

الفقرة 1 ـ عناصر العقد

63 ـ يمكن الأخذ بداهة بعناصر ثلاثة: صفة الفريقين وشكل الاتفاقية وطبيعة الموجبات التي ينشئها العقد. وهذه المعايير يمكن أن تكون جمعية أو تخييرية حسب العقد الذي تمكّن الفريقان من إبرامه أو أرادا عقده.

ويعتبر المعياران الأولان، عدا الاستثناء، عرضيين في حين أن الثالث ضروري ودائم.

فصفة الفريقين وشكل العقد معياران عرضيان لوصف العقد لأنهما ينزعان إلى أهداف محددة تتجاوز وظيفة الوصف المحددة والمرسومة[2]. ويتعلق الأمر أحياناً بتأمين حماية خاصة لأحد المتعاقدين أو أحياناً، بصورة أكثر حياداً، إخضاع فئة من العقود لنظام قانوني خاص. ويمكن ربط هاتين الفرضيتين بالانتظام العام الذي يحد طبيعياً من حرية الفريقين، ذلك بأن نمو عدد العناصر المطلوبة لوصف العقد يقلص بالضرورة حصة الحرية المتروكة للمتعاقدين، ولهذا السبب يلجأ المشترع أو القاضي إلى هذه العناصر العرضية للوصف.

وفي حال عدم وجود أوامر الانتظام العام هذه يؤخذ فقط بالموجبات التي ولدها توافق الإرادتين لوصف العقد. وهذا التحليل يترجم المفهوم الإرادوي للعقد المبني على مذهب سلطان الإرادة[3]. وبالفعل يعلق هذا التحليل أهمية أكبر على إرادة الفريقين[4] أكثر من وجود

---

(1) انظر الرقم 53 السابق.

(2) انظر الرقم 54 السابق وما يليه.

(3) انظر في شأن المبادىء الموجهة للعقد، تكوين العقد، رقم 36 وما يليه.

(4) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 أيار 1948، النشرة المدنية، I، رقم =

عناصر خارجية يمكن أن تعيقه، حتى ولو كان هناك توافق على اعتبار أن ما يفعله الفريقان يتغلب على ما يقولانه[1]. وبالتالي فإن العنصر الأساسي والضروري للوصف هو دائماً مكوَّن من طبيعة الموجبات التي ينشئها العقد. ولا شك في أن ثمة فائدة من بيان أن وجود عنصر عرضي هو كذلك لا غنى عنه كالعنصر الدائم لصفة العقد.

وسنتفحص على التوالي العناصر العرضية والعناصر الدائمة لوصف العقد.

I ـ العناصر العرضية لوصف العقد

64 ـ يتعلق الأمر كما رأينا بصفة المتعاقدين وبشكل الاتفاقية.

أ ـ صفة المتعاقدين

65 ـ يمكن أن تكون صفة المتعاقدين عنصراً حاسماً في الوصف أو عنصراً غير مباشر وحسب.

يتعذر فهم بعض العقود إلاّ استناداً إلى صفة المتعاقدين. فعقد الاندماج في الزراعة مثل نموذجي بصورة خاصة للأهمية التي يمكن أن تكون لصفة المتعاقدين بالنسبة إلى الوصف.

وبمقتضى المادة 17 ـ 1 من قانون 6 تموز 1964: «تعتبر عقود اندماج جميع العقود أو الاتفاقات المبرمة بين منتج زراعي أو مجموعة منتجين ومقاولة صناعية أو تجارية أو عدة مقاولات...». وقد حكمت محكمة النقض، تطبيقاً لهذا النص، قبل قانون التوجيه الزراعي بتاريخ 4 تموز 1980[2]، بأن «الشركات التعاونية الزراعية تشكل... فئة خاصة متميزة عن الشركات المدنية التجارية، ولا يمكن أن يكون عقد اندماج موجوداً إلا بين منتج زراعي ومقاولة صناعية أو تجارية، وقد أخذت محكمة الاستئناف عن وجه حق، بدون أن يكون عليها تحليل العقد المعني، بأن B. لا يمكن أن يكون مرتبطاً بالتعاونية الزراعية لِـ V بعقد اندماج»[3]. وصفة «المنتج الزراعي»، بالطريقة عينها هي حاسمة. وهكذا حُكم بأن تاجر

= 442، صفحة 473 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 نيسان 1948، النشرة المدنية، I رقم 111، صفحة 347.

(1) انظر يوميات الكتابة المدل، الجدول التحليلي والهجائي، 1808 ـ 1865، V° تفسير الاتفاقيات، رقم 5. أضف إلى ذلك الرقم 119 اللاحق.

(2) أضافت المادة 8 ـ III، من قانون 4 تموز 1980 المادة 18 مكرر على قانون 1964 وبمقتضاها «لا تنظم أحكام هذا الباب العلاقات بين التعاونيات الزراعية وإعفائها»، وهي تتعلق بعقود الاندماج. على أن ثمة استثناء. فعندما لا يكون المنتج منضماً إلى تعاونية زراعية بإمكان هذه التعاونية إبرام عقد اندماج خاضع لأحكام قانون 1964.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 نيسان 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، II، 19031، مـلاحـظـة J. Rrévault ـ انـظـر G.J. Virassamy, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، =

مواشٍ لا يمكن أن يماثل بمنتج زراعي[1]، بسبب صفته كتاجر، غير أن مربي المواشي يماثل بمنتج زراعي[2]. إن صفة المتعاقدين تحدد وصف العقد، سلبياً على الأقل، لأنها يمكن أن تشكل عائقاً أمام إبرام عقد محدد مع أن الفريقين قد أراداه[3].

وعقد النقل هو مثال آخر على تأثير صفة المتعاقد على طبيعة العقد. والناقل البرّي عليه أن يجعل النقل مهنته[4]. وغياب هذا العنصر الذي يساهم في تعريف عقد النقل يؤدي إلى وصف آخر[5] ويُخضع الناقل لنظام مسؤولية مختلف[6].

ولصفة المتعاقد في بعض الفرضيات تأثير غير مباشر في وصف العقد. إن لها تأثيراً غير مباشر وحسب. فبعض الشركات مثلاً هي تجارية في شكلها[7]. وينتج عن ذلك أن العقود التي نبرمهما هي دائماً عقود تجارية تخضع بالضرورة لقواعد تجارية. فالبيع الذي

= 1986، مقدمة J. Ghestin، رقم 15 ورقم 16، صفحة 23 وما يليها.

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 آذار 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 19271، ملاحظة J. Prévault؛ النشرة المدنية، I، رقم 90، صفحة 75 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تشرين الأول 1980، Dalloz 1981، الصفحة 108 من التقرير؛ مجلة قصر العدل، 21 كانون الثاني 1981. أضف إلى ذلك: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1979، Dalloz 1980، الصفحة 269 من التقرير.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 أيار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 119 حكم صدر استناداً إلى المادة 17 ـ 1 من قانون 6 تموز 1964 في صياغتها السابقة لقانون 4 تموز 1980. والمادة 8 من قانون التوجيه الزراعي المذكورة سابقاً تنص على قرينة اندماج في ما يتعلق بعقود تربية المواشي، انظر موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V° عقود الاندماج في الزراعة، تأليف J. Prévault، 1981.

(3) قارن بمنع التجار وضع شرط تحكيمي استناداً إلى المادة 2061 من القانون المدني. وقد رؤي أنه ينتج عن التنسيق بين المادة 2061 من القانون المدني والمادة 631 من القانون التجاري أن شرط تحكيم داخل في عقد تجاري في قسم منه ومدني في قسمه الآخر باطل بالنسبة إلى القسمين (الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 5 أيار 1982، النشرة المدنية، II، رقم 69، صفحة 49). وهذا البطلان غير قابل لأي تأكيد أو عدول. إنه مطلق إذاً ويعاقب التنكر للانتظام العام للإدارة. وصفة الفريقين تشكل بالتالي عقبة أمام إبرام الشرط التحكيمي.

(4) A. Rodière et B. Mercadal, Droits des transports terrestres et aériens، الطبعة الخامسة، Dalloz، 1990، رقم 132. انظر أيضاً موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V° عقد النقل، تأليف Ph. Le Tourneau، 1994، رقم 1 ورقم 12، الأخذ بأن عقد النقل عندما لا يقوم به مهني يرتدي صفة عقد مقاولة.

(5) انظر: D. Graillet - Ponton، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 79 وما يليه، صفحة 89، بالنسبة إلى الوصف غير المسمى. انظر مع ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، II، 17325، ملاحظة R. Rodière. وقد نقضت محكمة النقض في هذه القضية حكماً أحيل لرقابتها بحجة أن محكمة الاستئناف لم تتثبت من أن الناقل تعهد بالاضطلاع تجاه المسافرين بموجبات الناقل. ولم يتم الإسناد إلى صفة الناقل المهنية.

(6) R. Rodière et B. Mercadal، المرجع عينه، والاستشهاد ذاته.

(7) يتعلق الأمر بشركات تضامن، وشركات توصية بسيطة، وشركات محدودة المسؤولية وشركات مساهمة (المادة الأولى من القانون رقم 66 ـ 537 بتاريخ 24 تموز 1966).

تجريه شركة مساهمة هو دائماً، بالنسبة إليها، بيع تجاري، ويخضع بالتالي لقواعد إثبات تسوس العلاقات بين التجار. واحد مظاهر وصف العقد يتوقف إذاً على صفة المتعاقد. والأمر لا يتعلق في الحقيقة إلا بنظام العقد الذي يخضع لتأثير وصف أحد الفريقين ذلك بأن وصف العقد بالمعنى الضيق «عقد بيع» يتوقف بصورة أكبر على محتوى العقد، أي على اجتماع العناصر الموضوعية لنموذج «البيع». على أن وصف البيع التجاري بدلاً من البيع المدني له حسنة تحديد النظام القانوني المطبق على العقد. وبهذا المعنى يمكن أن يكون لصفة المتعاقد تأثير غير مباشر في وصف العقد.

وصفة أحد الفريقين أخيراً تعتبر أحياناً كقرينة. وهكذا جرى الحكم بأن «مقاول حفلات مسرحية أو وكيلاً فنياً، مهمته العمل على توظيف الفنان، لا يتصرف كوكيل له وإنما بصفة وسيطاً وهو نتيجة ذلك ملزم بالتعهدات التي اضطلع بها تجاه الغير»[1]. وبتعبير آخر تحمل صفة الوكيل الفني على افتراض وصف العقد.

66 ـ صفة الفريقين ليست معياراً للوصف إلا استثنائياً.

إن صفة المصرف أو المؤسسة المالية في البيع في صورة إيجار لا تحدد وصف العقد[2]، حتى ولو كان القانون يخضع مقاولات البيع في صورة إيجار لنظام آمر (المادة 2 من القانون رقم 66 ـ 455، 2 تموز 1966، المعدلة).

والأمر على هذا النحو في شأن العقود التي تؤخذ فيها الصفة المهنية لأحد الفريقين في الاعتبار. ونتيجة هذه الصفة، كقاعدة عامة[3]، تعزيز المحتوى الموضوعي للعقد بدون أن

---

(1) النقض التجاري في 21 أيار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 125.

(2) النقض التجاري في 20 شباط 1973، النشرة المدنية IV رقم 85، صفحة 74؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، II، 17754، ملاحظة E. M. Bey؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1974، ملاحظة Hémard. على أن الحكم ليس نموذجياً ذلك بأنه يكتفي بتبني الوصف الذي اعتمدته محكمة الاستئناف الذي تمسكت فقط بعقد يستوحي التعريف الذي أعطته المادة الأولى من القانون. والصيغة التي جرى اعتمادها هي بالأحرى لصالح الأخذ في الاعتبار صفة البائع في صورة إيجار في تعريف البيع في صورة إيجار، وذلك في عرف السيد Bey الصفة المعتمدة في البيع في صورة إيجار. ـ النقض التجاري في 15 كانون الأول 1975، Dalloz 1976، 407 ملاحظة Lucas De Leyssac. وهذا الحكم، الواضح على وجه الخصوص، يورد أن «محكمة الاستئناف أخذت من وجه حق بأن المقاولات جميعاً التي تمارس البيع في صورة إيجار في شأن التجهيز والمعدات واللوازم، حتى ولو لم تكن خاضعة لأحكام المادة 2 من قانون 2 تموز 1966، ملزمة بإنجاز معاملات العلنية المنصوص عليها في المادة 1 ـ 3 من القانون المذكور والمحددة في مرسوم 4 تموز 1972». وقد لاحظ المعلق على الحكم أن الموضوع الذي تناولته العملية هو العنصر الأساسي للوصف (رقم 2، صفحة 409). وهو في الواقع موجب تأجير مال تجهيز أو معدات ولوازم. أضف إلى ذلك: Lamy droit économique, concurrence, distribution, consommation، 1988، رقم 5933. غير أن منع أي شخص، غير مؤسسة الائتمان، القيام، بصفة اعتيادية، بأعمال البيع في صورة إيجار يعاقب بالبطلان، انظر النقض التجاري في 19 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 347، صفحة 241؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 381، ملاحظة J. Mestre.

(3) انظر على سبيل المثال، في ما يتعلق بعدم تأثير صفة تاجر الأموال في وصف العقد المبرم بين البائع =

يكون له تأثير في وصفه[1]. وصفة البائع المهنية في البيع لها فقط مفعول تفاقم موجب الضمان بمنع الإعفاء من الضمان القانوني على وجه الخصوص[2]. وبالعكس يمكن أن يكون للصفة عينها المنظور إليها من جانب الشاري، على الأقل عندما يتعلق الأمر بمهني له اختصاص البائع ذاته، نتيجة إتاحة تلطيف موجبات البائع اتفاقياً[3]. على أن العقد يبقى دائماً عقد بيع. وليس لصفة المهني من تأثير على الموجبات التابعة الملزمة للمتعاقد. والحال إن هذه الموجبات لا تعتبر لجهة وصف العقد[4].

إن مصدر غياب تأثير صفة الفريقين في وصف العقد هو القطيعة التاريخية لمدوّنة القانون المدني مع المقارنية، مما يفسر ان معظم العقود الخاصة تتميز بمحتواها بغض النظر عن صفة المتعاقدين[5].

على أن صفة الفريقين تنزع اليوم إلى اتخاذ منزلة لا يستهان بها في تحديد الموجبات الملزم بها من هو أهل للحق بالاستقلال عن وصف العقد عندما يكون موجوداً. وهكذا يجعل التوجيه المجموعي بتاريخ 25 تموز 1985، في شأن مسؤولية فعل المنتوجات المشوبة بالعيب، وصف العقد الذي اكتسب بموجبه المستهلك استعمال الشيء بدون فائدة، طالما أنه يستبعد أي فارق بين الضحايا حسبما يكونون قد اكتسبوا استعمال المنتوج بموجب عقد أم

= والشاري، النقض التجاري في 18 كانون الأول 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 249، صفحة 216.

(1) غير أن محكمة النقض تأخذ بصفة زبون مؤجر خيول للتفريق بين مجرد عقد تأجير الحيوان وعقد نزهة الفروسية مما له تأثيره في نظام المسؤولية. انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 64، صفحة 61؛ المجلة الفصلية للقانون المدني 1986، صفحة 608، رقم 3، ملاحظة Ph. Rémy ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 أذار 1985، النشرة المدنية I، رقم 111، صفحة 102. عندما يتوجه المقاول إلى زبائنه الذين يمكن أن يجهلوا كل شيء عن الفروسية، يكون ملزماً ببعض الموجبات الآمرة، كموجب الاحتفاظ بسرعة القدم في خط واحد مع الخيول، ومبدأ قبول المخاطر أجنبي عن العقد. وعندما يكون الزبون خيّالاً متمكناً يؤخذ بالحل المعاكس تماماً. وتظهر صفة الزبون حاسمة بالنسبة إلى وصف عقد مقاولة الخيول استناداً إلى وصف تأجير الخيول، على اعتبار أن كلا من هاتين الصفتين غير مسمى ولا يربط القاضي كلا من هذين العقدين بفئة النقل (بهذا المعنى P. Rémy المذكور سابقاً).

(2) J. Ghestin, Conformité et garanties dans la vente (Produits mobiliers) 1983، L.G.D.J.، رقم 252 وما يليه، صفحة 240 وما يليها ـ J. Huet, Contrats civils et commerciaux, Responsabilité du vendeur et garanties contre les vices cachés, Litec، 1987، رقم 491 وما يليه، صفحة 335 وما يليها ـ J. Ghestin et B. Desché, La vente، رقم 848 وما يليه ـ انظر أيضاً حول تأثير صفة المستهلك في صحة بعض الشروط المتعسفة بأنها غير مألوفة، تلاشي العقد.

(3) بالمقابل أيّد حكم حديث أن «البائع المهني لا يمكن أن يكون جاهلاً عيوب الشيء المُباع حتى إلى مهني آخر». ولا أهمية، في هذه الحالات، لصفة الشاري في ما يتعلق بتحديد موجبات البائع طالما أن قرينة معرفة البائع العيب لا تتوقف على صفة شريكه في التعاقد، النقض التجاري في 27 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، IV، ثم 367، صفحة 253.

(4) انظر الرقم 79 اللاحق وما يليه، ولا سيما الرقم 83.

(5) D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé أطروحة في ليون 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 76، صفحة 86.

لا[1]. وموجب المنتج بالتعويض عن النتائج المضرة للمنتوج الذي لم يتوفر فيه الأمن الذي يمكن أن يُنتظر منه شرعاً لا ينجم عن العقد أو عن نموذج عقد خاص وإنما عن صفته وحسب.

يضاف إلى ذلك أن أحد المؤلفين، على صعيد قريب من تقديم الخدمات، أبدى الرأي الذي بموجبه لا يكون الاتفاق بين مهني وزبونه «منتجاً موجبات في الحقيقة». . «وإذا كان الطبيب أو الكاتب العدل الخ. . غير ملزم ببعض الموجبات فليس ذلك استناداً إلى العقد وإنما بصفته مهنياً»[2]. ولن يكون بالتالي مصدر الموجبات المهنية في العقد وإنما في صفة مقدّم الخدمة. ووصف العقد في هذه الرؤية هو بدون فائدة حقيقية. ويهدف اقتراح توجيهي لمجلس المجموعة الاقتصادية الأوروبية بتاريخ 20 كانون الأول 1990 إلى إخضاع مسؤولية مقدمي الخدمات جميعاً لنظام وحيد.

إن نظام من هم أهل للحق في الحياة القانونية ينزع إلى أن يعتبر العقد مصدر موجبات، وإلى أن يُفرغ وصف الاتفاقية من موضوعه، ذلك بأن النظام القانوني المطبق لا ينبثق على الإطلاق في الحقيقة عن توافق الإرادتين، وإنما عن الاعتراف بنظام ما وهذا التطور يترجم عملياً تراجع الفردانية التي كانت تتميز بنظرية العقد في القرن التاسع عشر. وتراجع العقد هذا، وفي الوقت عينه فائدة وصفه، سرّعهما تأثير التوجيهات المجموعية[3].

يضاف إلى ذلك، إلى جانب صفة الفريقين، إن شكل العقد يقوم أحياناً بدور في الوصف.

---

(1) J. Ghestin, La directive communautaire et son introduction en droit français, in Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux، حوار 6 و 7 تشرين الثاني 1986 التي نظمها مركز القانون والموجبات في باريس I صفحة 113، L.G.D.J.، 1987 - Y. Markovits, La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux, L.G.D.J., 1990، مقدمة J. Ghestin، رقم 244.

(2) P. Serlooten, Vers une responsabilité professinnelle, Mélanges Hébraud، تولوز، 1981، رقم 13، صفحة 817. أضف إلى ذلك في ما يتعلق «بالقانون المدني المهني» G. Ripert, Ebauche d'un droit civil professionnel، دراسات Capitant، موسوعة Dalloz، صفحة 677 - A. Tunc, Ebauche du droit des cantrats, professionnels، دراسات Ripert، 1950، الجزء II، صفحة 136 - L. Husson, Nouvelles études sur la pensée juridique، موسوعة Dalloz، 1974، الدراسة الخاصة Les activités professionnelles et le droit، صفحة 273 - T. Ivainer, Le contrat moderne face à la prolifération des «statuts de personnes»، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، I، 2876 - وكذلك Ripert et Boulanger, Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol، الجزء III، Sûretés réelles, publicité foncières, Contrats civils, principaux contrats, 1958، L.G.D.J.، رقم 1287، صفحة 439، وهما يلاحظان ما يلي: «لم يشأ واضعو مدوّنة القانون المدني قبول فكرة قانون مهني، غير أن مفاهيمنا العصرية تقودنا إلى هذه الفكرة».

(3) J. Ghestin, L'influence des directives communautaires sur le droit français de la responsabilité, Mélanges Lorenz, 1991; et le droit de la responsabilité à l'épreuve de droit coummunotaire، محادثات Nanterre، 1991.

ب ـ شكل العقد

67 ـ نادراً ما يكون شكل العقد عنصراً في وصفه.

عوّدت التوافقية القانونيين على اعتبار شكل العقد، وعلى وجه الخصوص تحرير مستند خطّي، مجرد تطلب صالح للإثبات، بدون تأثير في الوصف[1]. ولطبيعة الموجبات المنصوص عليها أهمية أكبر من أهمية الشكل المعتمد.

إن هذا المبدأ يبقى صحيحاً حتى عندما يكون تنظيم الانتظام العام مطبقاً في العقد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 27 تشرين الثاني 1985[2]، بأنه يعود لقضاة الأساس، حتى في حال غياب عقد خطي، إفهام رأيهم حول جميع الموجبات التي يدّعي مربّي المواشي أنه ملزم بها تجاه شركة التوزيع والتي يمكن أن يكون اجتماعها من شأنه تمييز وجود عقد اندماج. وليس شكل العقد «المفهوم وفقاً للمستند الخطي الذي يثبته» عنصر وصف. والأمر على هذا النحو في شأن تطبيق نظام الإيجارات التجارية: «لا يخضع تطبيق مرسوم 30 أيلول 1953 لوجود إيجار خطي»[3].

وعقود الاندماج، في مجال الزراعة الخاص، تتميز باجتماع معيارين. ينبغي أن يكون لأحد الفريقين صفة «منتج زراعي»، وللفريق الآخر صفة «مقاول صناعي أو تجاري»[4]، وأن يتضمن العقد تقديمات متبادلة بين الفريقين[5]. وهكذا يقوم الوصف عن طريق اجتماع هذين العنصرين: صفة الفريقين وطبيعة الموجبات الناشئة عن العقد باستثناء شكله. ومن المسموح به التفكير في أن المشترع لم يفرض شكلاً خاصاً ضرورياً للوصف لأن تطلباً كهذا كان حصوله لا طائل تحته للوصول إلى النتيجة المتوخاة وهي حماية المزارعين ومربّي المواشي.

---

(1) انظر على سبيل المثال، بالنسبة إلى المستند الخطي المنصوص عليه في المادة 2044 من القانون المدني، في مادة المصالحة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 74، صفحة 71 ـ وانظر في ما يتعلق بعقد التأمين، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 أيار 1990، Dalloz 1990، الصفحة 147 من التقرير؛ النشرة المدنية I رقم 109، صفحة 79.

(2) النشرة المدنية، I، صفحة 286، صدر حكم النقض استناداً إلى المادة 17 ـ 1 مكرر من القانون رقم 64 ـ 678 بتاريخ 6 تموز 1964.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1985، النشرة المدنية، III، رقم 29، صفحة 21.

(4) انظر الرقم 65 السابق.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I رقم 24، صفحة 16، حكم صدر في ظل قانون 6 تموز 1964. والمعيار المستخرج من تبادل الموجبات ينزع مع ذلك إلى أن يكون مستبعداً لصالح معيار التبعية الاقتصادية لمربي المواشي (انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 شباط 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، I، 3591، التعليق 1 ـ 4، ملاحظة G. Virassamy)، وهذا الحكم يأخذ صراحة بأن المحكمة في غياب «الموجبات المتبادلة بمعنى المادة 17 ـ 1 من قانون 6 تموز 1964» استنتجت من ذلك بصواب أن علاقاتهم لا تميز عقد اندماج بقطع النظر عن سبب التسويغ المستخرج من إسناد إلى التبعية الاقتصادية للمربي بالنسبة إلى الصناعي والذي لا أثر له في ما يتعلق بنزاع غير خاضع لقانون 4 تموز 1980. انظر حول معيار «التبعية الاقتصادية»، G. Virassamy، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 23 وما يليه، صفحة 28 وما يليها.

68 ـ على أن شكل العقد هو أحياناً شرط لصحته أو عنصر في وصفه وحسب، مما يستدعي بالتالي أن لا يكون اتفاق الإرادتين مجرداً من أي مدى.

يؤدي عدم إتمام الأشكال، المطلوبة استثنائياً ومراسمياً من قبل المشترع، إلى بطلان العقد[1]. فالشكل المفروض، وهو في الغالب تحرير مستند خطي، هو إذاً شرط لصحة توافق الإرادتين. وقلّما يهم أن يكون الفريقان المتعاقدان قد أرادا إبرام عقد محدد كهذا، كهبة أو وكالة وكيل أعمال، إذا لم يكونا، في الحالة الأولى، قد نظما عقداً رسمياً[2] وفي الحالة الثانية أن يكونا قد وضعا مستنداً خطياً يتجاوب مع تطلبات قانون 2 كانون الثاني 1970 ومرسومه التطبيقي بتاريخ 20 تموز 1972[3].

إن وصف العقد والتثبت من عدم إنجاز الأشكال، في هذه الأوضاع، يقودان القاضي إلى إعلان البطلان لأن المتعاقدين لم يتقيدا، إرادياً أم لا، بتطلبات الشكل المفروض بموجب القانون بشكل آمر. وتوافق الإرادتين إذاً مجرد من أي مفعول[4].

ولا يتدخل شكل العقد، في فرضيات أخرى، إلا بصفة تكميلية[5] أي أن الوصف يتوقف جزئياً على الشكل الذي اعتمده الفريقان، وعدم إنجاز الشكل لا يعاقب بالبطلان وإنما بعدم أهلية وصف العقد. وبالتالي فإن الاستفادة من نظام قانوني محدد، اراده الفريقان، طالما أنهما توخيا إبرام عقد محدد كهذا، هي وحدها التي يمكن أن تعطى للمتعاقدين. وهذه هي مثلاً حال عقد وكيل تجاري[6].

---

(1) انظر تكوين العقد رقم 437 وما يليه.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 432، بالإضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 61، صفحة 58، بالنسبة إلى الهبة في قسمة التركة.

(3) انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 237 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية I، رقم 22، صفحة 15 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 63، صفحة 16. إلاّ أن هذه التطلبات في الشكل لا تطبق على الوكيل من الباطن ما دام أن الوكالة الأولية صحيحة، انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، I رقم 240، صفحة 226 ـ هكذا حدد الاجتهاد بدقة أن صفة الفريقين ـ المهنيين في العقارات ـ بدون تأثير في موجب تنظيم مستند خطي، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، I رقم 351، صفحة 230.

(4) ليس بإمكان الوكيل العقاري الذي أبطل عقده حتى أن يطمح إلى تعويض عن أتعابه ومصروفاته، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية I، رقم 234، صفحة 223. كان الأمر يتعلق في هذه القضية بعقد قابل للتجديد إلى ما لانهاية له عن طريق التجديد الضمني. وفي الاتجاه عينه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 241؛ صفحة 168. ينبغي أن يكون الحل مماثلاً عندما لا يكون المستند الخطي موجوداً ـ أضف إلى ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1987، مجلة قصر العدل، 1988، الصفحة 37 من الموجز، بالنسبة إلى بطلان تعهد كفيل لا يتقيد بتطلبات المادتين 1326 و 2015 من القانون المدني.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 455.

(6) انظر Lamy droit économique, concurrence, distribution, consommation, 1988، رقم 3111 وما يليه، =

ويمكن أن يكون الشكل التكميلي إذناً إدارياً[1].

وهكذا نرى أن شكل العقد ـ كما صفة المتعاقدين ـ هو استثنائياً معيار وصف العقد. يبقى إذاً التساؤل حول العنصر الأساسي للوصف.

II ـ العنصر الضروري والدائم لوصف العقد

69 ـ يرتكز وصف العقد بصورة خاصة على تفريد الموجبات التي يولدها وعلى البحث عن الموجبات الجوهرية منها[2]، ذلك بأن صفة الفريقين وشكل العقد هما كما سبق أن رأينا معتبران على وجه العموم عناصر طارئة للوصف.

وينبغي أيضاً التساؤل حول تأثير الإرادة في تحديد الموجبات الناشئة عن العقد، أي تفحص دور الإرادة في تحديد أركان العقد المأخوذ بها بصفة وصف.

أ ـ الموجبات الجوهرية بالنسبة إلى الوصف:

70 ـ التفريق الضروري بين الموجبات الأصلية والموجبات التابعة.

ينشىء العقد في الغالب عدة موجبات لكل منها أهمية معينة، حتى أنه يمكن أن تبدو موضوعياً متكافئة في نظر المتعاقدين، غير أنه من غير الممكن أخذها جميعاً في الاعتبار بوضعها على قدم المساواة، فيؤدي ذلك في الواقع، عملياً، إلى تشتت التصنيفات وبالتالي إلى تفريغ الوصف من موضوعه.

وقد سبق أن لاحظنا أن الفريقين بإمكانهما دائماً شخصنة اتفاقيتهما، حتى عندما يحدد القانون طبيعة العقد، وأنه ينبغي عدم الخلط بين العقد الخاص والعقد الفردي الذي يتمثل فيه بعض الخاصيات[3]. ولا يمكن أن يرتبط وصف العقد بهذه الخاصيات، على الأقل عندما تكون بلا مفعول في بنية العقد[4].

يقتضي إذاً الانتقاء بين موجبات مختلفة ناشئة عن العقد وعدم الأخذ إلا ببعض منها بالنسبة إلى الوصف. إن عناصر الوصف ستكون بشكل ملموس في عدد محدود. ولهذه الغاية يجري التفريق بين الموجبات الأصلية والموجبات التابعة، والأولى وحدها تحدد وصف العقد[5].

= بالإضافة إلى النقض التجاري في 17 شباط 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 43، صفحة 32.

(1) انظر بالنسبة إلى التصديق على عقد عمل يمنع وصف عقد «استخدام وتأهيل» مما ينتج عنه وصف القانون العام «العقد العمل لمدة غير محددة»، مجلس العمل التحكيمي في Saintes، 29 حزيران 1983، مجلة قصر العدل، 23 شباط 1984.

(2) يتكلم السيدان Malaurie و Aynès على «موجب مميز»، مستبعدين كقاعدة عامة الموجب النقدي في Les contrats spécialle، رقم 11.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 1.

(4) انظر الرقم 105.

(5) انظر: B. Gross, La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats، أطروحة في نانسي، =

1) الموجبات الأصلية:

71 ـ يجب في أول الأمر التصدي للسلطات التي تحدد موجبات العقد الأصلية. وسنرى بعد ذلك أن طبيعة الموجبات الأصلية تشرط طبيعة العقد القانونية. وسنبين أخيراً أن غياب موجب أصلي ضروري لوصف محدد لا يؤدي بالضرورة إلى البطلان؛ إنها مسألة التحويل عن طريق تقليص الأعمال القانونية.

أ ـ السلطات المزودة بسلطة تحديد الموجبات الأصلية:

72 ـ لا يكفي التأكيد بأنه توجد في كل عقد خاص موجبات أصلية، ينبغي أن تكون هذه الموجبات محددة بدقة وإلا كان الوصف مستحيلاً. ويحدد المشترع عموماً الموجبات التي يعتبرها جوهرية. وفي هذه الحالة، إذا وضعنا مسألة تفسير القانون جانباً، نلاحظ أن دور القاضي يرتكز على البحث عما إذا كانت الموجبات الجوهرية قد التزم بها الفريقان لاستنتاج وصف العقد فيها. بيد أن العقود الخاصة جميعاً ليست منظمة. فبإمكان القاضي، عند ذلك، باستخدام سلطته الآمرة، تحديد الموجبات الأصلية، فهو يعترف إذاً بوجود فئة قانونية جديدة مما يتيح وصف العقد.

73 ـ يحدد القانون عموما الموجبات الأصلية بدقة:

نجد التحديد المسبق للموجبات الجوهرية للاتفاقية في عقود عديدة، العقود المسماة في الواقع[1]. ويتميز معظم هذه العقود بموجبات معينة ناشئة عن العقد. فعلى الشاري، في البيع مثلاً، موجب دفع الثمن المتفق عليه وعلى البائع تسليم الشيء (المادة 1582 الفقرة

= 1962، L.G.D.J.، 1964، مقدمة D. Tallon، رقم 44. وفي عرف المؤلف: «ثمة نوعان من العقود، في معظم العقود، يمكن التفريق بينهما: من جهة أولى الموجبات الأصلية التي هي من جوهر العقد ذاته، ومن جهة ثانية الموجبات التابعة التي هي من طبيعة الاتفاقية وحسب. فالأولى لا غنى عنها لوصف العقد، والثانية هي، مع إنها مندمجة في الاتفاقية الأصلية، بدون تأثير في الوصف» ـ G. Goubeaux, La règle de l'accessoire en droit privé، أطروحة في نانسي L.G.D.J. 1969، مقدمة D. Tallon، رقم 147، صفحة 219. انظر أيضاً: Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 11.

(1) انظر على سبيل المثال النقض التجاري، 17 شباط 1981، النشرة المدنية، IV رقم 86؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1982، صفحة 300، رقم 8؛ مجلة قصر العدل، 1981، II، بانوراما رقم 245، إيراد أنه «ينجم عن المادة 1915 عن القانون المدني إن عبء رد الشيء المسلم عيناً عنصر جوهري في عقد الإيداع». انظر في ما يتعلق بالأركان المكونة لعقد الشركة، على وجه خاص نية المشاركة offectio societatis والإسهام في الأرباح والخسائر، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 323، صفحة 286 (شركة واقعية بين الزوجين)؛ الغرفة المدنية الأولى، 11 حزيران 1985، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 172 (شركة واقعية بين أطباء)، وكذلك: النقض التجاري في 3 حزيران 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 98 ـ النقض الاجتماعي في 18 آذار 1986، النشرة المدنية، V، رقم 92، صفحة 71 (تعريف المصالحة تجاه المادة 2044 من القانون المدني).

الأولى من القانون المدني[1].

وتعرّف المادة الأولى 1° من قانون 2 تموز 1966 البيع في صورة إيجار في شأن المنقول كعملية إيجار مال تجهيز أو معدات ولوازم تم شراؤها من أجل هذا الإيجار من قبل مقاولات تبقى مالكة إياها عندما تعطي هذه العملية، أياً كان وصفها، المستأجر إمكانية اكتساب ملكية المال المؤجر ضمن بعض الشروط. وفي هذه الاتفاقية المعقدة توجد عدة موجبات جوهرية على عاتق بعض الفرقاء. وهذه الموجبات يجب أن تجتمع كلها لكي ترتدي الاتفاقية صفة البيع في صورة إيجار، وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بأن الإيجار من الباطن الذي أجراه المستأجر إلى شخص ثالث يمكن اعتباره عقد بيع في صورة إيجار، ذلك بأن المستأجر لم يكن مالكاً للمال الذي يعطيه في شكل إيجار من الباطن، حتى ولو كان على المستأجر من الباطن القيام بموجبات المستأجر في بيع في صورة إيجار[2]. وأحد هذه الموجبات الجوهرية الملازم لعقد البيع في صورة إيجار كان غير موجود، مما نتج عنه أن محكمة الاستئناف لم يكن في إمكانها وصف العقد من جديد، مع أن الفريقين وصفاه على وجه صحيح.

74 ـ يساهم الاجتهاد في تحديد الموجبات الأصلية.

إن ذلك بشكل أساسي هو في صدد العقود التي لا تعددها القوانين والأنظمة، أي العقود غير المسماة بالمعنى الحصري، وعلى الاجتهاد أن يحدد أحياناً لموجبات الجوهرية للاتفاقيات التي أعطتها الممارسة وحدها إسماً ما.

وقد حددت محكمة النقض، على سبيل المثال، خاصيات العقد المسمى «عقد ضمان لدى أول طلب». وهكذا أعطت الغرفة التجارية تعريفاً لهذه الاتفاقية مبينة من ذلك طبيعة الموجبات الأصلية. فحكمت في 2 شباط 1988 «بأن العقد الذي يتعهد المصرف بمقتضاه بأن يقوم، بناءً على طلب الآمر بالسحب، بدفع مبلغ في حدود قيمة متفق عليها، بدون أن يكون بإمكان المؤسسة المالية تأجيل الدفع أو التذرع بمعارضة أياً كانت الحجة، هو عقد ضمان مستقل»[3].

كما أن محكمة النقض، باستخدام سلطتها المولِّدَة، عرّفت عقد وكالة لمنفعة مشتركة[4]، وربطته بنظام قانوني خاص في ما يتعلق بالعدول عنه[5].

---

(1) انظر: J. Ghestin et B. Desché, La vente.

(2) النقض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 149، صفحة 127. والنقض التجاري في 21 أيار 1979، Dalloz 1980، صفحة 611، ملاحظة Cl. Lucas de Leyssac.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 55، صفحة 39.

(4) انظر: J. Ghestin, Le mandat d'intérêt commun, in Mélanges Derruppé, Litec, 1991، صفحة 104 وما يليها، ولا سيما الأرقام 6 إلى 9، والرقم 251 اللاحق وما يليه ـ وكذلك النقض التجاري في 17 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 105.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1986، النشرة المدنية، I رقم 186، صفحة 184.

إن الفقه من ناحيته لا يصدر إلا اقتراحات يكرسها الاجتهاد أحياناً[1]. فقد ميّز المؤلفون، في قانون التوزيع مثلاً، بين عقد الامتياز وعقد التوزيع الموافق عليه والمسمى كذلك عقد الموافقة. وما يفرّق الأول عن الثاني هو وجود حصرية متبادلة[2]. وقد أخذ الاجتهاد بهذا المعيار للتفريق بين هذين المعيارين[3]:

75 ـ تطور قانون العقود الخاصة يقود أحياناً إلى إعادة النظر في الموجبات المعتبرة في أول الأمر جوهرية لوصف عقد محدد.

الوكالة، حسب المادة 1984 من القانون المدني، عقد يعطي بموجبه أحد الأشخاص شخصاً آخر سلطة فعل شيء لمصلحة الموكل وباسمه. وقد جرى الحكم بأن العمل الذي يولي مجرد سلطة إنجاز أعمال مادية، بدون إمكانية التمثيل، ليس وكالة[4]. والموجبات التي يضطلع بها الفريقان لا تناظر الموجبات التي يحددها القانون لتمييز طراز الإسناد. على أن عدة أحكام نظامية وصفت أشخاصاً ليست لهم بالضرورة، ولا بشكل سوي، سلطة إنجاز أعمال قانونية إذ إن تدخلهم ينحصر في المفاوضة في شأن العقد باستثناء إبرامه. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة بالنسبة إلى الوكلاء العامين للتأمين والوكلاء التجاريين ووكلاء الأعمال[5].

76 ـ يمكن أن يكون الموجب الجوهري تابعاً بشكل وثيق طبيعة الموضوع المادي للعقد، أي موضوع التقديم الموعود به.

هذا الموضوع هو إذاً مؤشر يتيح تحديد وصف العقد.

وعلى الوصف «حليّ الأسرة»، وبالتالي على الموضوع المادي يتوقف وصف العقد الذي بموجبه تسلم الأشياء الثمينة. فإذا تم قبول الوصف الأول، فإن الأمر يتعلق بعارية استعمال وليس بهدية مألوفة[6]، وقد جرى الحكم بأن وصف حليّ الأسرة، في حال عدم وجود ظروف خاصة، يمكن أن يعلل التسليم إلى الزوجة أو زوجة الابن، يفرض وجود عارية

---

(1) انظر في شأن العلاقة الموجودة بين الفقه والاجتهاد F. Zenati, La jurisprudence، موسوعة Dalloz، 1991، صفحة 245 وما يليها.

(2) Ph. Le Tourneau، مصنف الاجتهاد التجاري، عقود التوزيع، الكراسة 520، 2، 1988، رقم 80 ـ G. Virassamy, Les contrats de dépendance، أطروحة منشورة في L.G.D.J.، باريس، 1988، مقدمة J. Ghestin، رقم 52.

(3) النقض التجاري في 9 شباط 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18598، التعليق JH.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 شباط 1968، Dalloz 1968، صفحة 393.

(5) انـــظـــر J. Ghestin, Représentation et mandat civil et commercial, in Mélanges Kitagawa, 1991، بالإضافة إلى الرقم 570 وما يليه.

(6) انظر في صدد تعريف الهدية المألوفة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1988، النشرة المدنية I، رقم 347، صفحة 236.

استعمال تسوّغ ردّ الأشياء في نهاية الحياة المشتركة[1]. ووصف الموضوع المادي، أي الشيء الذي يشكل مادة العقد، يتيح تحديد الموجب الأصلي الذي يتوقف عليه وصف العقد، وقانون الأموال يمكن إذاً أن يؤثر في وصف العقد بسبب الصلة التي يقيمها مع طبيعة الموجب القابل لأن ينشئه.

ووصف الإيداع المنتظم الذي يستدعي موجب الرد عيناً، أو وصف الإيداع غير المنتظم الذي ينشىء فقط موجب رد شيء معادل[2]، يتوقف إلى حد كبير على طبيعة الشيء المسلّم للوديع. فإذا كان هذا الشيء مثلياً يكون الإيداع غير منتظم بالضرورة حتى ولو لم تكن هناك قرينة قانونية بهذا المعنى. وهكذا حكمت محكمة النقض بأنه: «ما أن يتم التسليم (تسليم الأموال) حتى تغدو هذه الأشياء باعتبارها أشياء نوعية ملكاً للصندوق (صندوق الادخار) ولا يملك الزبون تجاهها إلا حقاً في دين»،[3]. وقد لاحظ السيد Larroumet أنه «إذا لم تكن ثمة قرينة قانونية بحصر المعنى، لغياب نص في القانون المدني حول هذه النقطة، لصالح الإيداع غير المنتظم لشيء مثلي، فمن الواجب أن نرى أن الإيداع، في جميع الأحوال التي لا يمكن أن يكون فيها الشيء المودع مفرّداً ومتميزاً عن أشياء أخرى مشابهة يمكن أن تكون قد سلّمت من قبل مودعين آخرين أوانها بملكية الوديع خارج أي إيداع، يجب أن يظهر على أنه غير منتظم بالضرورة، والأمر سيّان، في نهاية المطاف، كما لو أن ثمة قرينة قانونية بهذا المعنى»[4].

فوصف العقد يمكن إذاً أن يتوقف على وصف المال الذي هو موضوع الاتفاقية المادي. ثمة ترابط إذاً بين قانون الأموال وقانون العقود الخاصة. على أن إرادة الفريقين يمكن أن تمارس تأثيراً في وصف المال وأن توجه بذلك وصف العقد[5].

ب ـ طبيعة الموجبات الأصلية تحدد طبيعة العقد القانونية:

77 ـ يكفي التثبت من وجود الموجبات الأصلية كي يكون الوصف ممكناً طالما أن هذه الموجبات الأصلية متماثلة.

يكفي في البيع وجود الثمن والشيء ونقل الملكية لوصف العقد. وبالعكس عدم وجود

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 آذار 1983، النشرة المدنية، I رقم 111، صفحة 97، فهرس Defrénois، 1984، البند 33215، صفحة 182 تعليق A. Breton.

(2) انظر: R. Rodière، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v° الإيداع، 1971، رقم 166.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1984، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 50؛ Dalloz 1984، صفحة 688، ملاحظة Ch. Larroumet.

(4) الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 630، العامود الأول في نهايته.

(5) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما الرقم 25 وما يليه، صفحة 28 وما يليها، بالإضافة إلى الرقمين 85 و 86 والتعليق 180.

الثمن بالعملة، وهو موجب أصلي على الشاري، يستبعد آلياً وصف البيع[1]. وبالطريقة عينها لا يكون هناك إيجار لقاء بدل بدون بدل إيجار جدي[2]. ويحوي عقد الإيداع (المنتظم) بالنسبة إلى الوديع الموجب الأصلي في الحفظ والرد عيناً. وصاحب الامتياز الذي له إمكانية إعادة بيع الأشياء المعهود بها في «الإيداع» لا يبرم بالتالي اتفاقية تستند إلى المادة 1915 من القانون المدني ولم يكن بالتالي معرّضاً لعقوبات إساءة الأمانة قبل إصلاح قانون العقوبات[3]. والأمثلة يمكن أن تكون أضعافاً مضاعفة[4].

ويتيح وصف الموجبات الأصلية الملقاة على عاتق كل من المتعاقدين تحديد طبيعة العقد القانونية. إنها إذاً الموجبات الأصلية التي ما أن يتم وصفها حتى تحدد طبيعة العقد القانونية بكامله[5].

ويتدخل أحياناً في وصف الموجبات الأصلية معيار كميّ. فمبلغ النكول على عاتق المستفيد من وعد أحادي الجانب بالبيع الذي تم قبوله على سبيل المثال، والذي يشكل موجبه الأصلي الوحيد، يتيح تحديد طبيعة العقد الحقيقية. ويعتبر الوعد، تبعاً لمبلغ تعويض تثبيت المنقول، مجرد خيار شراء، أو على العكس بيعاً بلا شرط[6]. واستخدام معيار رياضي محض معدّ لتحديد طبيعة الموجب الأصلي الملقى على المدين ليس مع ذلك بمنجى من

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية، I، رقم 292، صفحة 219، حتى ولو كانت الخدمة الموعود بها من قبل المتعاقد مقدمة بالعملة لغايات ضريبية، فإن هذه الخدمة لا يمكن أن تعتبر ثمناً ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 42؛ Dalloz 1981، الصفحة 442 من التقرير، ملاحظة Ch. Larroumet ـ وعلى عكس ذلك: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1986، الحكم المذكور سابقاً.

(2) M. Renard، مصنف الاجتهادات الدوري، Bail à loyer، الكراسة 710، 1988، رقم 27.

(3) النقض الجنائي، 9 شباط 1983، النشرة الجنائية، رقم 49؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1984، صفحة 337، رقم 17.

(4) انظر النقض التجاري في 30 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 167، صفحة 110، ليس هناك عقد بيع في صورة إيجار، بمعنى قانون 2 تموز 1966، طالما أنه لم يرد أي نص بوعد أحادي الجانب بالبيع لصالح المستأجر ـ النقض التجاري في 31 أيار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 180، صفحة 126، الزُبُن هم العنصر الأساسي في المؤسسة التجارية بحيث أنه ليس هناك بيع للمؤسسة التجارية في حال عدم وجود تفرغ عن الزبن ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 نيسان 1991، النشرة المدنية III، رقم 114، صفحة 65، حق حرية التفرغ يشكل طابعاً جوهرياً للإيجار الحكمي ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 أيار 1991، النشرة المدنية، III، رقم 140، صفحة 82، عدم الاستقرار في تمانع مع حق مستأجر الحكر الحكمي ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 تشرين الأول 1991؛ النشرة المدنية، III، رقم 222، صفحة 131، في شأن تحديد معايير إيجار الحكر الحكمي.

(5) هكذا حكمت محكمة النقض بأن إمكانية المستفيد من وعد بالبيع بأن يُحل شخصاً ثالثاً محله ليست نتيجتها أن يُنتزع عن الوعد ذاته طابعه الأحادي الجانب وأن يعفي من موجب التسجيل، (الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 أيار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 111، صفحة 65).

(6) انظر تكوين العقد، رقم 238. وكذلك: F. Bénac - Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, أطروحة في L.G.D.J.، 1983، مقدمة J. Ghestin، رقم 54 وما يليه، صفحة 59 وما يليها.

الانتقادات[1]. فلا يبدو أنه دائماً مقبول من الاجتهاد[2].

ويمكن التأكيد، عندما تنشىء الاتفاقية على عاتق كل من المتعاقدين موجباً أصلياً واحداً، أن وصف العقد يتلخص بهذه العملية البسيطة نسبياً. وبالمقابل، عندما توجد عدة موجبات أصلية على عاتق كل من المتعاقدين ولا تكون قاعدة التابع مطبقة تكون بنية العقد هي التي تحدد وصفه في أغلب الأحيان[3].

ولكن كيف يكون القرار عندما يكون الموجب أصلياً ومحدداً من قبل الفريقين وغير متوافق مع الحقيقة؟ إن تقنية التحويل عن طريق التقليص تتيح حل الصعوبة.

ج ـ التحويل عن طرّيق التقليص (أو التخفيض):

78 ـ يمكن أن يؤدي غياب الموجب الأصلي إلى تحويل العقد عن طريق التقليص.

الموجب الأصلي هو الذي يحدد وصف العقد على أن التثبت من غيابه لا يكفي دائماً في الواقع لتسويغ بطلان العقد لغياب السبب[4]؛ فيجري الاجتهاد تحويلاً عن طريق التقليص.

وقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 28 شباط 1985 بأن غياب رباط التبعية بين شركة وأجير «يفرض رد الوصف الصحيح للعقد الذي أبرماه وأنه لم يكن كافياً لتسويغ إبطاله لسبب غير صحيح»[5].

وفي هذه القضية لم يكن المتعاقد مع الشركة مجبراً على تنفيذ عمل تحت تبعية مستخدمه، وقد بينت محكمة الاستئناف أن «حريته كانت خارج رباط التبعية الضروري لوجود عقد عمل». والحال أن الفريقين وصفا اتفاقيتهما بعقد عمل. وهكذا كانت هناك فجوة بين السبب المعبّر عنه والوصف الحقيقي الذي كان يمكن أن يرتديه العقد؛ فالموجب الأصلي الذي لا غنى عنه لوصف عقد العمل لم يكن موجوداً. غير أنه يبقى من الصحيح أن الأجير المزعوم أعطي تقديمات. والموجب الأصلي يمكن وصفه من جديد فيرتدي العقد رداءً قانونياً آخر.

---

(1) انظر الرقم 82 اللاحق.

(2) انظر النقض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV رقم 153، صفحة 130، المتعلق بوضع وصف جديد من قبل قضاة الأساس يعتبر الوعد بالبيع ملزماً للطرفين في حين أن الفريقين وصفا هذا العقد بوعد أحادي الجانب بالبيع، إن معيار نية الفريقين المشتركة يتغلب على أي معيار آخر، ولا سيما أن مبلغ التكول لا يبدو أنه كان موضوع نقاش أمام قضاة الأساس، على الأقل كعنصر موضوعي لوصف العقد.

(3) انظر الرقم 89 اللاحق وما يليه.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 918. وكذلك: Ch. Larroumet, Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 575، الذي يقدر ان تعبير «اتفاقية عن طريق التقليص» ليس موفقاً إذ لن يكون هناك أي تقليص بالمعنى المتغير للتعبير.

(5) النشرة المدنية V رقم 138، صفحة 100.

وهكذا يستبعد البطلان لغياب السبب لصالح إعطاء وصف جديد للعقد، مما يبين الرباط بين سبب العقد ووصفه[1]. ولن يعلن البطلان إلاّ أن يكون ثمة تنافر غير قابل للتقليص بين الأوصاف الممكنة للسبب كعنصر قاطع[2]، مما يفرض على قضاة الأساس البحث عن وصف يتيح لتوافق الإرادتين إنتاج المفاعيل، ذلك بأن الموجب الأصلي يمكن أن يولّد وصفاً مختلفاً عن الوصف الذي اعتمده الفريقان[3] حتى ولو كان غير مسمى[4].

وهكذا لا يساوي شيك غير مؤرخ شيكاً، وإنما وكالة دفع أعطاها الساحب للمسحوب عليه تشكل مستنداً خطياً يجعل وجود دين المستفيد معقولاً. والشيك ليس باطلاً[5]. والقاضي، باستبدال وصف بغير الوصف الواجب الأخذ به من حيث المبدأ، لا يعلن البطلان ويبرز مفاعيل عقد يكون محروماً منها طبيعياً.

وبهذه الطريقة تحل إرادة القاضي محل إرادة الفريقين. وقد لوحظ أن اللجوء إلى الاتفاقية عن طريق التقليص كانت تستبعد إرادة الفريقين وكان وهمياً بناء هذه الإوالية على

(1) انظر: Fr. Terré، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 273 وما يليه صفحة 257 وما يليها، ولا سيما صفحة 290 وما يليها، وصفحة 269 وما يليها.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 918 ـ Fr. Terré، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 224 وما يليه، صفحة 209 وما يليها. يتفحص المؤلف «الاتفاقية عن طريق تقليص الأعمال القانونية» التي تفترض مسبقاً التحقق من بطلان «التسمية» التي اعتمدها الفريقان (أضف إلى ذلك: الرقم 524، صفحة 420 وصفحة 421). المقصود هو التحديد إلى حد يكون العمل غير المتوافق مع الشروط القانونية المطلوبة لتكوينه قابلاً مع ذلك لأن ينتج مفاعيل قانونية عن طريق إدانية التقليص. وقد لاحظ السيد Terré، بعرض نظريات Perrin و Piédelièvre، إن الأمر يتعلق فقط بتحديد المكان الذي ينبغي أن تحتله الإرادة الاقتصادية التي تنشط المتعاقدين (فرضية Perrin) والرباط المراد بين الوسائل والهدف المرجو تحقيقه (فرضية Piédelièvre)، ذلك بأنه ليس هناك بين هذين الرأيين أي فارق في النزعة ـ ينتج عن ذلك أنه من الصحيح، بالنسبة إلى المؤلف، استيحاء إرادة المفعول الاقتصادي، كما أنه من الطبيعي تحليل إرادة الأسلوب بالنسبة إلى إرادة الهدف، ذلك بأن المقصود فقط هو وصف عمل قانوني ما وليس وصف العمل القانوني. والبحث عن الإرادة والعناصر الذاتية، في عرف السيد Terré، يفسح أمام القاضي حرية واسعة جداً في التصرف، حتى ولو كان المتعاقدان بإمكانهما تحديد ما يتوخيان عمله سلفاً، مستبعدين هكذا إمكانية وصف بديل في حال أن الوصف الأول هو غير ملائم. وفي هذه الحالة الأخيرة في الحقيقة يمكن إعلان البطلان لغياب السبب، بدون أن يكون ثمة إمكانية إقصاء الوصف المعدّ لإضفاء الصحة على العمل بإعطائه سبباً آخر ـ انظر أيضاً: D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé أطروحة في ليون، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، 253، صفحة 293، وما يليها ولا سيما رقم 266 وما يليه، صفحة 307 وما يليها. ويميز المؤلف الاتفاقية عن طريق التقليص. فالفريقان، في الحالة الأولى، وصفا خطأ العقد الذي أبرماه حقيقة. والوصف ليس إذاً سوى وصف العقد. والأمر لا يتعلق في الحالة الثانية بغلط في التسمية، وتحديد الهدف المرجو فعلاً من قبل الفريقين يتيح وحده اللجوء إلى اتفاقية عن طريق التقليص أم لا.

(3) انظر على سبيل المثال إعادة وصف عقد اندماج كعقد بيع للتسليم عقب التحقق من غياب الموجب التبادلي بتوريد منتوجات وتقديم خدمات، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تموز 1978، النشرة المدنية I، رقم 272، صفحة 212.

(4) انظر: D. Grillet - Ponton الأطروحة السالفة الذكر، رقم 270 وما يليه، صفحة 313 وما يليها.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1992، النشرة المدنية I، رقم 78، صفحة 52.

قرينة تكون فيها الإرادة قد ارتقبت وصفاً ثانوياً[1]. وهكذا تشدد الاتفاقية عن طريق التقليص المحققة بواسطة الوصف على قصدية العقد الاقتصادية.

والبحث عن موجب أصلي «استبدالي» يتيح إذاً وصفاً مفيداً للعقد ويبين أن الموجب الأصلي هو الذي يحدد وصف العقد. ودراسة الموجبات التابعة يعزز هذا التحليل.

2) الموجبات التابعة

79 ـ بعد تحديد مفهوم الموجب التابع سنرى تأثير الموجبات التابعة في نظام العقد.

أ ـ مفهوم الموجب التابع.

80 ـ يتمثل مفهوم التابع الذي يعبّر مبدؤه القانوني العام: التابع يلحق الأصل accessorium sequeitur principale، عن نتيجته في مظهرين حسبما يكون العقد بسيطاً أو معقداً.

إن موجبات الفريقين، في عقد بسيط، تنتسب إلى فئة إسناد واحدة وتحديد الموجبات التابعة يكون فيها مسهلاً.

ويضع الفريقان في عقد معقد موجبات مرتبطة بفئات إسناد عديدة. وحسب صيغة السيد Terré «يرتبط عنصر وصف معين بعنصر آخر يرتبط اعتيادياً بوصف آخر»[2]. ينبغي إذاً تحديد ما إذا كان أحد الموجبات يجعل الموجبات الأخرى تابعة، حتى ولو كانت هذه الأخيرة أصلية في وضع آخر.

81 ـ التابع في العقود البسيطة.

ثمة نموذجان للموجبات التابعة؛ من جهة أولى الموجبات الطبيعية أو العناصر الطبيعية هي العناصر المرتبطة بعقد معين، غير أن اشتراطات الفريقين يمكن أن تلغيها، بدون أن تتأثر طبيعة العقد المستخدم، وعلى سبيل المثال وضع شرط عدم الضمان في البيع الذي يُدخل المهنيين من الاختصاص عينه. والعناصر الطارئة من جهة أخرى هي العناصر التي بإمكان الفريقين ضمها إلى العقد المختار بدون أن يتعدلّ جوهر هذا العقد»[3]. وهذا هو، على سبيل المثال، حال البند الجزائي. وهذه الموجبات التابعة للموجب الأصلي غير قابلة لتعديل وصف العقد.

وقد بيّن السيد Goubeaux[4]، لدى تفحص مسألة الموجبات التابعة بطبيعتها أن العناصر الطبيعية كانت العناصر الأجنبية عن وصف العقد، ذلك بأنه لا يمكن أن تكون

(1) Fr Terré الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 229، صفحة 213 ـ D. Grillot - Ponton، الأطروحة المشار إليها سابقاً، رقم 275، صفحة 317.

(2) L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1957، مقدمة R. Le Balle، رقم 390، صفحة 329. يميز المؤلف، انطلاقاً من رأي العميد Voirin، التابع الثانوي، بخلاف الأساسي، والتابع المستقل بخلاف الأصلي.

(3) F. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 392، صفحة ورقم 330 وكذلك رقم 33، صفحة 35.

(4) La règle de l'accessoire en droit privé، الأطروحة السالفة الذكر رقم 143 وما يليه، صفحة 215 وما يليها.

موجودة في غياب موجب أصلي تنضاف إليه[1]. واستنتج المؤلف من ذلك أن الموجب التابع هو بدون تأثير في اختيار الفئة المطبقة لأن «الموجب التابع، من جهة أولى، ليس عنصراً من الفئة التي تنبثق عنها الموجبات الأصلية. فالتابع بالفعل هو تكملة تضاف إلى الأصلي بدون أن يشتمل قسماً منه»... «لأن عناصر من طبيعة الأصلي عينها، في ظروف اخرى، موجودة لوحدها».. «ومن جهة ثانية ليس الموجب التابع نفسه قابلاً لأن يتلقى وصفاً مستقلاً بصورة مطلقة لأن موجباً كهذا لا يوجد أبداً في وضع معزول».. «ومن المهم ملاحظة أن الطابع التابع للموجب يفسر كون هذا الموجب بدون تأثير في وصف العقد. وهذا الوصف يتوقف حصراً على الموجبات الأصلية[2]».

ويمكن ان تصاغ ملاحظات مماثلة في ما يتعلق بالعناصر، أو الموجبات، الطارئة التي يضيفها الفريقان إلى العقد كالبند الجزائي مثلاً[3].

والموجبات الثانوية بالنسبة إلى الموجب الأصلي في النهاية ليس لها أي مفعول تجاه وصف العقد ذلك بأنها حيادية موضوعياً. وبهذا الشرط تفعل القاعدة العامة القانونية، التابع يلحق الأصل، فعلها[4]. وهي تستدعي فقط تعديلاً للنظام بدون المساس بالوصف[5]. فالطابع المجاني أو المأجور للوكالة مثلاً ليس له تأثير على الوصف، وهذا ما نصت عليه المادة 1986 من القانون المدني[6]. غير أن نظام مسؤولية الوكيل لها بعض الخاصيات حسبما يكون مجانياً أو مأجوراً.

82 ـ التابع في العقود المعقدة.

يكون العقد معقداً عندما يحوي علة موجبات يعود كل منها إلى عقد خاص. وهذا هو مثلاً حال التبادل مع فرق الأنصبة[7]، وإيجار العمل المقترن بتوريد المعدات أو كذلك الهبة مع عبء[8].

---

(1) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 145، صفحة 218 وصفحة 219.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 147، صفحة 218، وصفحة 219.

(3) انظر: G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 132، صفحة 199.

(4) انظر: F. Goubeaux، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 359، صفحة 493.

(5) انظر بهذا المعنى D. Grillet - Ponton, Essai sur le contrat innommé، أطروحة في تولوز، 1982، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 31، صفحة 38، التعليقان 2 و 3. انظر الرقم 83 اللاحق.

(6) مع أن الوكالة مجانية بطبيعتها يفترض أنها مأجورة عندما تناط بشخص ترتكز مهنته المعتادة على الاهتمام بقضايا الغير، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 399، صفحة 267. انظر حول تأثير صفة الفريقين في وصف العقد الرقم 66 السابق.

(7) B. Sousi - Roubi, Le contrat d'échange، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 257 وما يليها.

(8) انظر: Bouyssou, Les libéralités avec change en droit civil français، أطروحة في تولوز، 1945، صفحة 183 وما يليها ـ J. J. Dupeyroux, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit أطروحة في تولوز، 1945، رقم 18 وما يليه. وكذلك F. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 106، صفحة 103.

ثلاثة استدلالات ممكنة بداهةً.

يمكن أولاً الاعتراف بأن كل موجب ينبغي أخذه في الاعتبار على قدم المساواة، مما يعود إلى تبني وصف توزيعي[1]. ويمكن بعد ذلك تجنب الصعوبة بالأخذ بوصف غير مسمى. ومن المفهوم أخيراً اختيار وصف موحد بالتفريق بين الطبيعة الأصلية أو التابعة لكل من الموجبات عن طريق معيار موضوعي. وهذا الحل الأخير تأخذ به المحاكم أو المشترع أحياناً[2]، مع التنكر لأي تأثير للموجب المنعوت بالتابع في طبيعة الموجب الأصلي، وكنتيجة لذلك في طبيعة العقد إلا أن يتم إعداد نظام هذا العقد.

ولتحديد علاقة الأصلي بالتابع وتبنّي وصف موحد، يمكن استخدام القاعدة العامة القانونية التابع يلحق الأصل. ويجب أن تُكتب هنا، كما يشير إلى ذلك السيد Goubeaux، «القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل»[3]. وفارق القيمة هو إذاً المعيار الوحيد للتابع[4]؛ إن جزءاً بالمئة من الفرق زيادة أو نقصاناً يجب أن يكفي لتسويغ الوصف الأصلي أو التابع للموجب.

وقد لوحظ أن التكافؤ النوعي الذي يترجمه نوع من اللاانقسامية بين الموجبات الأصلية لم يكن عقبة أمام تطبيق القاعدة القانونية العامة القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل، لأننا «نفهم تماماً جمع رباط لاانقسامية يتموضع على صعيد نوعي وعلاقة تابع بالأصلي كائنة على صعيد كمّي»[5]، ولأن رباط اللاانقسامية يتعلق بصورة رئيسية بوجود الاتفاقية وليس بالوصف، من المشروع تجزئة الموجبات المختلفة الناشئة عن العقد «لكي لا تُعتمد إلا صفاتها القانونية. «إن عنصراً ما يمكن أن يكون جوهرياً بالنسبة إلى وجود العقد وتابعاً بالنسبة إلى وصفه»[6].

على أن اللجوء إلى القاعدة القانونية العامة القسم الأكبر يشد إليه الأقل ليس مشروعاً في عرف السيد Goubeaux إلاّ أن تجتمع بعض الشروط. ينبغي أولاً أن يكون ثمة وصفان

---

(1) انظر الرقم 94 اللاحق وما يليه.

(2) تنص المادة 3 من اتفاقية الأمم المتحدة حول عقود البيع الدُولي للبضائع، المعقودة في ڤيينا في 11 نيسان 1980، والمنشورة بالمرسوم رقم 87 ـ 1034 تاريخ 22 كانون الأول 1987 (مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، III، 60936) على ما يلي: «تعتبر مبيعات عقود توريد البضائع للصنع والإنتاج، إلاّ أن لا يكون الفريق الذي يطلب هذا التوريد عليه أن يورد قسماً أساسياً للعناصر المادية الضرورية لهذا الصنع أو الإنتاج. انظر B. Audit, La vente internationale de marchandieses, L.G.D.J. 1990، حلقة حوار في قانون الأعمال، رقم 24 وما يليه.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 137، صفحة 207.

(4) G. Goubeaux الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 340، صفحة 467.

(5) G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 138، صفحة 207.

(6) G. Goubeaux، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 142، صفحة 213.

ممكنان، ثم ينبغي أن تكون هذه الفئة المعنية أو تلك من الممكن استبعادها. ويقتضي في المقام الثالث أن تكون هناك حاجة آمرة للتبسيط لأن «الرفض القبلي للوصف المزدوج هو «محرك» القاعدة العامة القانونية القسم الأكبر يشد..». وأخيراً يقتضي أن لا يكون التبسيط الذي يوفره المعيار الكمي مفرطاً[1].

والتحليل الموجز للتبادل مع فرق الأنصبة يبين أن العقد يتضمن موجبين متساويين نوعاً؛ موجب إعطاء شيء ما وموجب دفع الثمن، وهو ما يسمى فرق الأنصبة، ويعود إلى عقد آخر هو البيع[2]. بيد أن هذين الموجبين يمكن، كمّاً، أن يكونا غير متساويي القيمة. ومن الممكن إذاً الأخذ بالأهمية الكمية لكل من الموجبين كمعيار وصف موحد للعقد. وهكذا يؤدي فرق أنصبة مبلغ أعلى من قيمة المال المتبادل، من حيث المبدأ، إلى وصف البيع بالنسبة إلى الكل وليس بالنسبة إلى وصف التبادل[3].

غير أن محكمة النقض حكمت أيضاً بأن اشتراط فرق الأنصبة «لا يغيّر طبيعة العقد إلاّ أن لا يكون المبلغ الذي دفعه أحد الفريقين بصفة فرق أنصبة مع قيمة الشيء الذي سلّمه هذا الفريق قد أضفى على مجمل الاتفاقية طابع البيع»[4]. فالمعيار الرياضي الصرف ليس إذاً هو المعيار المعتمد لأن «الاجتهاد ينكب على تفحص النسب»[5]، مما يترك لقضاة الأساس هامشاً كبيراً في التقدير ويبين أن القاعدة العامة القانونية القسم الأكبر... ليست هي المطبقة دائماً القاعدة التابع يلحق بالأصل[6]. وفي مجالات أخرى أخذت محكمة النقض أيضاً بهذا

---

(1) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 343، صفحة 469 ورقم 470.

(2) انظر: B. Sousi - Roubi, Le contrat d'échange، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 257، وما يليها، ولا سيما رقم 34، صفحة 279 وصفحة 280.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم 436؛ D. 1974، الصفحة 143 من الموجز؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 145، تعليق Y. Loussouarn. انظر Fr. Terae, الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 99 وما يليه، صفحة 96 وما يليها ـ G. Goubeaux, الأطروحة المذكورة آنفاً رقم 139، صفحة 208 ـ H.L.J. Mazeaud, Leçons de droit civil، الجزء III، المجلد 2، Principaux contrats، القسم الأول، بيع وتبادل، الطبعة الخامسة، تأليف M. de Juglart، رقم 1036، صفحة 45.

(4) النقض المدني في 10 شباط 1926، Dalloz الأسبوعي 1926، I، 202 ـ عريضة 29 نيسان 1927، مصنف الاجتهادات الدوري، 1927، 742، بيّن قضاة الأساس عدم تناسب فادح بين قيمة المال المتبادل ومبلغ فرق الأنصبة يمثل ما يقارب أربع مرات قيمة الشيء المتفرغ عنه في التبادل. انظر أيضاً: النقض المدني في 30 تشرين الأول 1950، النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 158، Dalloz 1950، صفحة 753، تعليق R.Lenoan؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6016، تعليق Raynaud، الذي يأخذ بالوصف المختلط: «في اتفاقية يمتزج فيها البيع بالتبادل»، رغماً عن عدم تناسب هام بالنسبة إلى مبلغ فرق الأنصبة.

(5) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102، صفحة 100.

(6) G.GOUBEAUX، في الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 339، صفحة 466، يلاحظ أيضاً أن ذلك هو موقف الفقه.

المعيار في الوصف[1]، وفرضت على قضاة الأساس التصرف على هذا النحو[2]، إلاّ أن نية الفريقين ليست أجنبية عن التقدير الذي يعتمده القاضي حتى أنها تتقدّم أحياناً على الاعتبار الكمي الصرف[3].

---

(1) انظر النقض الاجتماعي في 5 آذار 1987، النشرة المدنية V، رقم 119، صفحة 77، بالنسبة إلى الطابع التابع كمّاً لنشاط الصحافي المأجور. . . النقض التجاري في 3 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 244، صفحة 163، اضطلاع وسيط تجاري للنقل. عرضا بتأمين حراسة البضائع هو بدون تأثير في وصف عقد الوساطة ـ النقض المدني في 20 شباط 1883، Dalloz الدوري 84.، 1، 32، والنقض المدني في 28 تشرين الأول 1911 (حكمان)، Dalloz الدوري 1912، 1، 113، تعليق PLANIOL. إن العقد الذي يكلف بموجبه مالك قطعة أرض مقاولاً أن يبني عليها صرحاً لا يشكل بيعاً وإنما إيجار عمل، حتى عندما يورّد المقاول، مع عمله، معدات البناء. وهذا الحل مسوّغ عموماً بتطبيق القول المأثور يجري التفرع عن الأرض وحدها: فالتربة أصلية دائماً تجاه المعدات المقدمة. وينتج عن ذلك، على اعتبار أن صاحب العمل هو مالك الأرض، أن العقد لا يمكن أن يرتدي إلاّ وصف المقاولة. على أن Planiol (التعليق السابق الذكر) كان قد لاحظ أن الأرض لم تكن تشكل موضوع العقد. ومعيار التابع هو هنا وهمي بحت؛ انظر Ph. MALAURIE et L.AYNÈS المذكورين آنفاً، رقم 76 ـ B BOUBLI، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، عقد المقاولة، 1994، رقم 22. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 آذار 1977، النشرة المدنية، III، رقم 131، صفحة 101؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18913، تعليق T.HASSLER الذي يأخذ بعدم تطبيق القول المأثور يجري التفرغ عن الأرض وحدها، إن أخذ بوصف مختلط (بناء مصنع على قطعة أرض صاحب العمل). انظر في صدد تطبيق معيار التابع في تحديد وصف عقد الانتقال، R.RODIÈRE et B.MARCADAL, Droit des transports terrestres et aériens، الطبعة الرابعة، موسوعة Dalloz، 1984، رقم 130، صفحة 173. وكذلك: R.RODIÈRE, La nature juridique du contrat de déménagement، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، 1، 917. وفي التوصية رقم 82 ـ 02 (B.O.S P.)، 27 آذار 1982، Lamy droit économique، المذكور آنفاً، رقم 4881)، تأخذ لجنة الشروط غير المألوفة «بأن عقود الانتقال هي، حسب طبيعة التقديمات المورّدة من المنتقلين، إمّا عقود نقل وإمّا عقود وساطة نقل، وإمّا مجرد عقود إيجار عمل». والطابع الموحد للوصف يبين أن اللجنة تأخذ بالضرورة بمعيار كمّي. أضف إلى ذلك، بالنسبة إلى تطبيق قضاة الأساس معيار التابع الذي يتيح وصف عقد الإيداع وليس عقد النقل، حكم محكمة روان، 21 تشرين الثاني 1991، مجموعة اجتهادات القانون الإداري، 1992، رقم 3، صفحة 11، ورقم 38، صفحة 29.

(2) النقض التجاري في 6 كانون الثاني 1982، مجلة قصر العدل، 18 حزيران 1982. أضف إلى ذلك: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، مجلة قصر العدل، 1988، الصفحة 8 من الملخص. لم تعط إحدى محاكم الاستئناف الأساس القانوني لحكمها بالنسبة إلى المادة 1787 من القانون المدني، إذ أخذت بوصف عقد مقاولة في اتفاقية تركيب مرجل تدفئة بدون أن تسوّغ تصرفها بالنسبة إلى طبيعة التقديمات التي يضعها العقد على عاتق من ركّبه وأهميتها.

(3) النقض المدني في 30 تشرين الأول 1950 المذكور سابقاً ـ النقض التجاري في 30 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 114. كان الأمر يتعلق بهبة مؤسسة تجارية مقوّمة بمبلغ 200000 فرنك فرنسي مثقلة بعبء 150000 فرنك. وقد قدرت إدارة الضرائب، ومن بعدها المحكمة البدائية في Puy، أن العقد يحوي موجبين متميزين بالنسبة إلى أهمية العبء الكمية. فنقضت محكمة النقض الحكم إذا رأت أن أسباب التسويغ «المستخرجة من التحليل الموضوعي وحده للشرط الذي ينص على عبء مكوّن من دفع مبلغ أدنى من قيمة المال المنقول إلى الواهبين لم يكن من شأنها إثبات أن الواهبين توخوا الاشتراط بدون نية تبرعية بالنسبة إلى الكل» ـ الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 14 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 99، صفحة 51، وجود نية تبرعية لا يمكن استنتاجه من اختلال التوازن وحده بين التعهدات التي ارتبط بها المتعاقدون.

وقاعدة القسم الأكبر تشد... لها مع ذلك منفعة لا نزاع فيها حتى ولو كان تطبيقها عنيفاً وفظاً[1]. إنها تحل بشكل مرضٍ تنازع الوصف الذي يولده وجود موجبات تعود لفئات مختلفة[2]، وقد لوحظ أنه ليس هناك ما يصدم باللجوء إلى معيار رياضي أكثر من إناطة حل تنازع الأوصاف بتحكيم القاضي[3].

ولقاعدة الأكثر يشد...، في فصل السيئات، مفعولٌ منع التنسيق بين العقود وردّ بعض الأوضاع الواقعيه الأصلية المنبثقة عن مخيلة المتعاقدين إلى اللاقانون. ولذلك اقترح السيد Goubeaux «قبول وصف مختلط إذا كانت الوقائع تفرض ذلك، إلا إذا أجرى إعمال القاعدة الأكثر يشد... للإفراج عن الإوالية عندما يوصل تطبيق النظامين القانونيين في حالة معينة إلى استحالة مطلقة»[4]، فيكون مجال تطبيق القاعدة في النهاية وفقاً على مجال الوصف[5].

وتقليص العقد أخيراً إذ يتضمن عدة موجبات تعود لفئات قانونية متميزة لعقد وحيد عن طريق الأخذ في الاعتبار الحاصر موجباً موصوفاً بالأصلي ليس دائماً مأمولاً به، لأنه غير ممكن عندما يكون كل موجب متكافئاً بالضبط، حتى ولو بقيت هذه الفرضية نظرية. ويظهر أنه من الملائم، بدلاً من اللجوء إلى تقليص عناصر العقد استناداً إلى القاعدة الأكثر يشد...، التمسك بإرادة الفريقين[6] أو ببنية الاتفاقية لاكتشاف السيماء الحقيقية[7].

وفي ما يتعلق بإيجار العمل المقترن بتوريد معدات أخذ الاجتهاد الحديث، بدون التخلي تماماً عن معيار التابع[8]، سواء أكان نوعياً أو كمياً، الذي كان يطبقه تقليدياً لتبني وصف موحد[9]، بدور الفريقين في مفهوم الشيء المعد للصنع وطبق معيار التخصصية للعمل

---

(1) G.GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 342، صفحة 468.

(2) الإبطال لعلة الغبن يطبق حصراً في عقد البيع ما عدا التبادل. وتطرح إذ ذاك مسألة معرفة ما إذا كان من الواجب تطبيقه، وفي حال الإيجاب، كيف يتم ذلك عندما يؤخذ بوصف مختلط «البيع ممتزج بالتبادل» (انظر تعليق Raynaud، المذكور سابقاً، على الحكم المدني في 30 تشرين الأول 1950).

(3) G.GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 341، صفحة 468، ورقم 343، صفحة 470.

(4) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 364، صفحة 498.

(5) انظر أيضاً GRILLET-PONTON، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 99، صفحة 111.

(6) انظر الرقم 87 اللاحق.

(7) انظر الرقم 91 اللاحق وما يليه.

(8) الغرفة المدنية الثالثة، 10 حزيران 1991، النشرة المدنية، III، رقم 185، صفحة 108، Dalloz الدوري 1992، صفحة 208 من التقرير، لوصف اتفاقية عقد مقاولة، أخذت المحكمة العليا بعدة معايير: أهمية عمل الصنع وكلفته بالنسبة إلى عمل توريد المعدات؛ الطابع الوحيد لأسلوب الصنع الموضوع بتصرف المنفّذ من قبل المقاول الأصلي؛ منع المنفذ من تحقيق هذا العمل ذاته لصالح الغير؛ رقابة الصنع تقع على عاتق المقاول الأصلي واحترام المنفذ الإكراهات المنصوص عليها في دفتر الشروط. ومعيار التابع هو إذاً مستخدم بصفة مؤشر.

(9) النقض التجاري في 19 أيار 1981، مجلة قصر العدل، 18 ـ 19 كانون الأول 1981، في صدد وصف عقد مقاولة في شأن تركيب مطبخ مبني على الطابع التابع لتوريد الأجهزة المنزلية يعود للبيع ويسوّغ بنيّة الفريقين ـ الغرفة المدنية الأولى، أول آب 1950، النشرة المدنية، I، رقم 184؛ مصنف الاجتهادات الدوري، =

المطلوب من صاحب العمل[1]. وتطبيقاً لهذا المعيار الأخير يعتبر عقد مقاولة العقد الذي يحوي تحقيق «عمل خاص بموجب بيانات خاصة تجعل من المستحيل استبدال معادل بمنتوج مطلوب»[2]. كما أن العقد الذي يتناول عملاً خاصاً لحاجات خاصة عبّر عنها صاحب العمل هو عقد مقاولة[3]. ووصف العقد هو دائماً موحد؛ وحده معيار الوصف مختلف: «التعارض هو بين الإنتاج الموحد والإنجاز بناء على الطلب»[4].

ب ـ آثار الموجب التابع في نظام العقد

83 ـ إعداد النظام القانوني للعقد.

الموجب التابع يخضع عموماً لنظام قانوني مطبق على الموجب الأصلي، فيفقد هكذا فردانيته[5]. على أن الوصف الموحد للعقد لا يتنكر كلياً لوجود عناصر تابعة غير متجانسة. ويتم إعداد النظام القانوني للعقد عندما تفرض ذلك الضرورات العملية، وهذا الإعداد يبقى

= 1950، صفحة 154؛ 1951 .S، 1، 100؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1951، صفحة 388، ملاحظة CARBONNIER؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1950، صفحة 105، ملاحظة HÉMARD، وصف بيع شيء مستقبلي وليس عقد مقاولة بحجة أن قيمة المعدات كانت أعلى من قيمة العمل بحد ذاته، الغرفة المدنية الأولى، 27 نيسان 1976، النشرة المدنية، I، رقم 143، صفحة 114؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18635، ملاحظة I.H. يجب تحليل العقد الذي بمقتضاه يقدم شخص في آن معاً عمله وأشياء منقولة قانوناً كعقد بيع ما دام أن هذا العمل لا يشكل التابع. وهذا الحكم ملفت بصورة خاصة تجاه القول المأثور الحصة الأكبر تشير إليها الحصة الأقل. وفي الواقع استبعدت، محكمة النقض، بطرحها مبدأ التابع، الوسيلة التي تقضي بأن «العقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الأشخاص بتنفيذ عمل ما بأن يقدم في الوقت عينه عمله والمادة مقابل ثمن أعلى بكثير من ثمن التوريدات يشكل، حسب المادة 1787 من القانون المدني، عقد مقاولة وليس عقد بيع». والحال أن محكمة النقض استبعدت هذه الوسيلة بعدم الأخذ بالمعيار الكمي الصرف، لاعتماد معيار نوعي. وبالتالي فإن القول المأثور التابع بالحق الأصلي هو المطبق إذ إن له مفهوماً ذاتياً أكثر تأكيداً.

(1) J.Ghestin, Traité des contrats, La vente، تأليف J.Ghestin et B.Desché، رقم 98، وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 شباط 1985، النشرة المدنية، III، رقم 23، صفحة 16، D. 1986، صفحة 499، تعليق J.HUET. المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985د صفحة 737، ملاحظة Ph.RÉMY. النقض التجاري في أول تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 268، صفحة 187، Dalloz 1991، صفحة 244 من التقرير، الغرفة المدنية الثالثة، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 257، صفحة 151؛ Dalloz 1991، صفحة 281 من التقرير.

(3) النقض المدني في 20 حزيران و 4 تموز 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 195، صفحة 129؛ 1990 Dalloz، صفحة 246، ملاحظة G.VIRASSAMY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 105، ملاحظة Ph.RÉMY. إضافة إلى النقض التجاري في 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 53، صفحة 36، Dalloz 1992، الصفحة 112 من الملخص، ملاحظة A.BENABENT، في ما يتعلق بوصف عقد مقاولة من الباطن، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 115.

(4) HUET، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 500، العمود الأول الفقرة قبل الأخيرة.

(5) انظر Fr.TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 420 وما يليه، صفحة 344، وما يليها.

مع ذلك وفقاً للطابع التابع للعنصر الأجنبي عن الوصف[1].

وفرق الأنصبة المشترط في عقد التبادل (أو المقايضة) يماثل بالثمن. والنظام القانوني للبيع هو الذي سينظم العنصر التابع للعقد[2]. على أن مجموعة القواعد المتعلقة بالبيع غير منذورة لأن تتفاعل من جديد مع العقد الذي جرى تحديد طابعه التبادلي. وهكذا لا يطبق الإبطال لعلة الغبن على التبادل مع فرق الأنصبة. ووصف عقد المقايضة بالنسبة إلى الكل يقود إلى تطبيق المادة 1706 من القانوني المدني. والنظام القانوني للعقد يعدّ فقط لأخذ الواقع في الحسبان، بدون أن يتفاعل هذا التكيف مع طبيعة الموجب الأصلي ونظامه، إلا أنه يجب الاستبقاء على تأثير إرادة الفريقين.

ب ـ دور الإرادة

84 ـ ضرورة أخذ إرادة الفريقين في الحسبان.

لأن خاصية العقد هي إنشاء مفاعيل قانونية لالتقاء إرادتين فإن وضفه ليس فقط مسعى موضوعياً محدوداً بتحليل الموجبات التي يولدها، إذ يجب ألاّ نتجاهل مظهره الذاتي، ذلك بأن العقد هو أداة معدّة لإرضاء حاجات من هم أهل للحق المعبرّون عنها بتبادل رضاهم. ووصف العقد لا يمكن هكذا أن يكون منفصلاً كيفياً عن إرادة الفريقين المعبّر عنها أو المفترضة. والمنفعة الاجتماعية التي يعترف بها القانون لإرادة الفريقين تفرض هذا المسعى.

وبعد أن قدمنا تحليل السيد Terré سنبيّن أن الإرادة لا يمكن أن تكون بديلة عن عنصر أساسي أو جوهري للوصف. وهذه الاستحالة لا تمنع مع ذلك المتعاقدين من تناول العناصر القانونية للوصف لكي يطبوعها بطابع أصلي أو لكي يحددوا طبيعة العقد الذي أرادوا إبرامه حقيقة.

85 ـ تحليل السيد Terré.

لاحظ السيد Terré أولاً أن الأوصاف ليست صلبة وأن ثمة نوعاً من عدم الدقة في تعريف المفاهيم التي تصلح كإسناد. ولأن التعاريف مجردة، وعملية الوصف تضبط وضعاً واقعياً خاصاً، هناك هامش عدم يقين يمكن للإرادات الفردية أن تتصرف من خلاله. «عندما يجري الكلام على عمل الإرادات الفردية في شأن الأوصاف نتبين إذاً ما هو العمل الذي يمكن أن تمارسه هذه الإرادات بالنسبة إلى «المفاهيم» أو «الأوصاف» التي تحددها العملية أو تقولبها يوماً بعد يوم»[3]. ويميز المؤلف بعد ذلك هذا النمط من عمل الإرادة الذي يصفه

---

(1) انظر G.GOUBEAUX، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 106، صفحة 164. وكذلك D.GRILLET-PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 97، صفحة 107.

(2) H.L.J. MAZEAUD ET M. DE JUGLART، المذكورين سابقاً، رقم 1037، صفحة B.SOUSI-346. ROUBI, Le contrat d' échange، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 273، رقم 34.

(3) L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1957، مقدمة R.LE BALLE، رقم 5، صفحة 4.

بالمباشر مع ظاهرات قريبة كاختيار الفريقين معطيات واقعية لتجنب تطبيق نظام قانوني معين. إنه عمل غير مباشر يتناول الصفات الشرعية ما عدا حالة الغش. والصورية أو الإخفاء، بالطريقة عينها، نمط عمل غير مباشر[1]. وهذه الظواهر للوصف لا تلفت انتباه السيد Terré بشكل خاص ذلك بأنه يحدد حقل دراسته بأن يطرح «المشكلة الأساسية: ما هي الإمكانيات المتاحة أمام الإرادات الفردية عندما تجهد هذه الإرادات في أن تتناول الأوصاف مباشرة؟»[2]. وباعتبار أن كل مفهوم أو وصف مؤلف من عنصر أو أكثر ومن بنية، فإن السيد Terré يتفحص في المقام الأول تأثير الإرادة الفردية في عناصر الأوصاف، ثم تأثير الإرادة الفردية في بنية الأوصاف.

إن عناصر الأوصاف يمكن تقسيمها في فئتين كبيرتين، العناصر الموضوعية (المادية والشكلية) من جهة أولى، ومن جهة ثانية العناصر الذاتية (الإرادة).

أن ما أتت به فرضية السيد Terré ترتكز بشكل أساسي على أنها برهنت على أن الإرادة الفردية بإمكانها أن تتناول بفعالية العناصر الموضوعية للوصف عن طريق عمل تشويهي، وعلى أن الطبيعة الموضوعية للعنصر الذي تناولته الإرادة تشكل ضماناً للهدف المنشود أكثر مما تشكل عقبة أمام هذا الهدف. وهكذا يبرهن المؤلف على أن عمل الإرادة قلّص مدى العناصر المادية في الهبة بتقسيم التركة بشكل وفير[3]. وبالطريقة عينها يمكن أن تتأثر العناصر الشكلية للوصف عندما يستبدل الفريقان شكلاً آخر بالشكل المطلوب في الأصل، حتى ولو واجها بعض الصعوبات[4].

وعمل المتعاقدين الذي يتناول العناصر الذاتية للوصف هو، بالمقابل، أقل فعالية. «يستبدل» القاضي مفاهيمه الخاصة بإرادة الفريقين. وذلك هو النتيجة المحتمة لأي تفسير»[5]. وهذه الظاهرة تكون أكثر تأكيداً بمقدار ما يكون الفريقان قد أساءا التعبير عن إرادتيهما أو لم يعبّرا عنها، والمقصود هو الهدف المتابع[6]. وخلص المؤلف من ذلك إلى أن «الطابع غير الملموس وغير التام في الغالب لأي عنصر ذاتي ينزع عن عنصر الوصف وظيفته في الضمان»... في حين أن «الطابع الموضوعي لعنصر الوصف يمنح، على العكس، الأفراد ضمانة متينة»[7]. إن عمل الفريقين التشويهي الذي يتناول الأوصاف يفترض بالتأكيد تكريس القاضي له، بيد أن حرية هذا القاضي هي أقل عندما يتعلق العمل بعناصر موضوعية خارجة عن تقديره.

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 6، صفحة 5 وصفحة 6.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 7، صفحة 6.

(3) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 129، وما يليه، صفحة 121 وما يليها.

(4) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 167 وما يليه، صفحة 159 وما يليها.

(5) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 212 صفحة 198.

(6) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 211 وما يليه، صفحة 199 وما يليها.

(7) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 352، صفحة 307.

ودور إرادة الفريقين لا يمكن بالتالي إهماله، غير أن اصطدامه بالوصف يتوقف على الظروف.

86 ـ لا يمكن أن تحل الإرادة محل عنصر جوهري للعقد غير موجود.

يتجاوب وصف العقد مع حاجة أمن آمرة. فمما لا غنى عنه إذاً الاعتراف للتصنيفات الموضوعة سابقاً بصلابة معينة وتحديد العمل التشويهي للإرادة بمجرد تكييف عناصر العقد مع الظروف الاقتصادية والاجتماعية[1]. وعمل الإرادات الفردية في الأوصاف ليس شرعياً إلا بهذا الشرط، وهكذا ليس في وسعها أن تتناول الموجبات الأصلية، الجوهرية موضوعياً، التي تميز هذا العقد المسمى أو ذاك، وعلى وجه الخصوص عندما يتدخل الانتظام العام[2]، إلا في حال اكتشاف قوالب عقدية ترضي حاجاتها إذا ما اهتمت بتحديد النظام القانوني الذي توخت تبنيه.

إن رفع يد الواهب غير القابل للرجوع عنه هو أحد العناصر الأساسية للهبة اليدوية[3]. وينجم عن ذلك أن مجرد الإمكانية المتروكة للواهب للعدول عن الهبة بإبداء لاحق لإرادته يكفي لاستبعاد وصف الهبة[4]. فإرادة الواهب هنا بدون تأثير في الوصف. ومن غير المهم أن يكون قد توخى تجريد نفسه طالما أن افتقاره قابل للرجوع عنه استناداً إلى القول المأثور «لا يستقيم الإعطاء مع الاحتجاز»[5].

ويختار الفريقان إبرام عقد بيع مثلاً غير أن تفحص الاتفاقية يظهر أن شرط دفع الثمن غير مرتقب فيها. هناك إذاً اعتداء على عنصر أساسي لنموذج «البيع»، فيتم إبطال العقد أو إعادة وصفه. والعنصر الذاتي الذي كونته الإرادة غير قابل لأن يحل محل الموجب الأساسي

---

(1) قارن بإمكانية المتعاقدين تعديل الطبيعة المنقولة أو غير المنقولة لمال تجاه التعريف القانوني للمادة 517 من القانون المدني، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1991، النشرة المدنية، III، رقم 197، صفحة 115؛ Dalloz 1992، الصفحة 204 من التقرير.

(2) انظر الرقم 122 اللاحق، بالإضافة إلى Ch.LARROUMET, Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 635.

(3) نزع اليد هو فعلي بعد تسليم الشيك. الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 10 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 43، «الهبة اليدوية لمبلغ من العملة بتسليم شيك مصرفي تحقق التسليم الصرف بنزع اليد غير القابل للرجوع عنه للساحب لصالح المستفيد الذي يكتسب فوراً ملكية المؤونة».

(4) الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 17 نيسان 1985، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 109؛ Dalloz 1986، صفحة 21، تعليق M.MULLER، الصفحة 316 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 400، رقم 4، ملاحظة J.PATARIN. تحويل الواهب مبلغاً إلى المشترك الذي هو شريك فيه لا يشكل تسليماً حقيقياً لأنه يبقى حراً في سحب الأموال المدفوعة. الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 314، صفحة 278؛ Dalloz 1986، الصفحة 140 من التقرير. «الهبة اليدوية لمبلغ من العملة عن طريق شيك تفترض لكي يكون هناك تجريد حالي وغير قابل للرجوع عنه من قبل الواهب. وجود مؤونة (مقابل الوفاء) يكتسب المستفيد من الهبة الملكية لمقتضاه».

(5) الهبات الجارية بين الزوجين، خلال الزواج، هي وحدها القابلة للرجوع عنها.

الذي يميز عقد البيع[1].

إن اتفاقية موصوفة بإدارة إيجارية يجب أن يعاد وصفها كعقد إيجار أمكنة تجارية طالما أن المؤسسة التجارية لدى إبرام العقد كانت غير مستمرة ولم يكن هناك أي زبون يمكن نقله إلى المستأجر ولا تهم اشتراطات الفريقين[2].

ويطبق نظام الإيجارات التجارية على نظام الإيجارات للأراضي غير المبنية التي تمّ عليها، قبل توقيع العقد أو بعده، تشييد أبنية لاستعمال تجاري أو صناعي أو حرفي[3]. وإيجار قطعة أرض تشاد عليها أبراج أسلاك ومصاعد للتزلج رأسية في الأرض غير خاضع للنظام الذي لا يطبق على تجهيزات كهذه، ولا يمكن بالتالي أن يوصف بإيجار تجاري، حتى ولو كان الإيجار لشركة تجارية هدفها الوحيد استثمار هذه التجهيزات[4]. إن طبيعة الأبنية وحدها هي الهامة لوصف الإيجار التجاري في هذه الحال.

87 ـ في وسع الإرادة أن تجعل من موجب تابع موجباً أصلياً لأنها معيار التابع.

عندما تظهر دراسة العقد وصفين ممكنين، كالبيع والتبادل أو إيجار العمل والبيع، تؤخذ إرادة الفريقين في الاعتبار[5]. فقد سبق أن رأينا أن القول المأثور القسم الأكبر يشد إليه القسم الأقل لم يطبق بصرامة[6]. ولا يمكن أن يكون معيار التابع ذا طابع كمي حصراً. فمبدأ حرية الاتفاقيات يتعارض معه، عدا وجود قاعدة من الانتظام العام. والمعيار الكمي للتابع ينبغي أن يكون فقط مؤشراً منسجماً مع الهدف المتابع من قبل الفريقين[7]، وهكذا عندما لا يكون عدم التناسب بين الموجبات في حده الأقصى يصبح بإمكان المتعاقدين أن يطبعوا اتفاقيتهم بالصفة التي تتجاوب مع الهدف الذي يتوخونه. ينتج عن ذلك أن البحث عن إرادة الفريقين هي مؤشر إضافي حتى حاسم لتطبيق وصف العقد[8].

وقد تفحص السيد Goubeaux بصورة خاصة فرضية إيجار العمل وبيع شيء مستقبلي.

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1981، النشرة المدنية، III، رقم 56، صفحة 42؛ Dalloz 1981، الصفحة 442 من التقرير، ملاحظة Ch. Larroumet الذي لاحظ أن «الوصف لا يتوقف على مجرد إرادة الفريقين، وإنما على عناصر موضوعية مستمدة على وجه الخصوص من القانون ولا تأثير لتدخل المتعاقدين فيه».

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 حزيران 1975، النشرة المدنية، III، رقم 204، صفحة 157.

(3) المادة الأولى 2 من المرسوم رقم 53 ـ 960، تاريخ 30 أيلول 1953.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 آذار 1988، النشرة المدنية، III، رقم 57، صفحة 32. بالإضافة إلى محكمة باريس، 30 كانون الثاني 1957، الاجتهاد الفرنسي، الجزء III، V، العقود والاتفاقيات، رقم 285، صفحة 1585.

(5) انظر النقض التجاري في 13 أيار 1981، مجلة قصر العدل، 18 ـ 19 كانون الأول 1981.

(6) انظر الرقم 82 اللاحق.

(7) انظر النقض في مناسبة عريضة 25 شباط 1908، يوميات الكتابة العدل 1908، البند 29415، صفحة 687، الطابع التابع للشرط يحدد بإرادة الفريقين المشتركة.

(8) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 13 أيار 1981 المذكور سابقاً.

ملاحظ، عندما يتم الارتباط بالهدف الذي يتابعه الفريقان، إن «العنصر التابع يتابع في النهاية الهدف عنه الذي يتابعه العنصر الأصلي، إلا أنه ليس في وسعه الوصول إليه إلا بصورة غير مباشرة من خلال خدمة الأصلي». ويخلص المؤلف إلى أن «وصف العقد يتوقف إلى حد كبير على الهدف الذي يتابعه الفريقان»... «والمقارنة بين قيمة العمل وقيمة المادة المقدمة هي بالتأكيد في هذا الصدد مؤشر هام. غير أنها ليست مع ذلك معيار التابع»[1].

وعدم التناسب الهام بين الموجبات له، بالمقابل، مفعول إلغاء إحدى غايتي التخيير، فيبدو أحد الوصفين المعنيين مستحيلاً لأن العنصر الجوهري لهذا الوصف ترسّبي إلى درجة أنه يصبح معدوماً، ومن المعروف في هذه الفرضية أن الإرادة لا يمكنها أن تحل محل العنصر الناقص. ومن غير المفيد بالتالي التساؤل حول الهدف الذي يتابعه الفريقان، إلاّ من أجل وصف العقد من جديد أو في سبيل إبطاله. وإرادة الفريقين لا تأثير لها في تسمية العقد إلاّ أن يظهر نزاع حول الوصف.

88 ـ يمكن أن تكون الإرادة المعيار الحاسم للوصف.

ليس العقد مجرد اجتماع عناصر موضوعية. فإرادة الفريقين، عدا أن بإمكانها القيام بدور معين في تحديد هذه العناصر، غالباً ما تظهر كعنصر للوصف. فالإرادة ليست أبداً عنصراً خارجياً. إنها موضوعة على الصعيد ذاته كالعناصر الموضوعية حتى أنه يمكن أن يكون لها دور مرجّح[2]. وهكذا لا يثبت مجرد تسليم شيء ما طبيعة العمل الذي بموجبه تم التسليم[3]. هل أن الفريقين توخيا إبرام هبة أم قرض؟ إن الإجابة وحدها على هذا السؤال تتيح وصف العقد.

والإرادة يمكن أن تكون أيضاً معيار وصف أكثر خصوصية ما دام أن العناصر

---

(1) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 153.

(2) انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي، 5 كانون الأول 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 1312، صفحة 1006. ودنت محكمة النقض العليا محجة «أن قرار محكمة (الاستئناف)، المبني على إرادة الفريقين ذاتها كسبب حاسم لضحة الاتفاقية، مسوّغ قانوناً» (إيجار شفهي لمدة غير محددة أو اتفاقية إشغال وقتي). وبالنسبة إلى وصف «إيداع مأجور» لعقد حراسة سفينة في مرفأ ترفيه يرتكز على نية الفريقين، النقض التجاري في 13 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 405، صفحة 337، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1984، صفحة 51، رقم 15.

(3) إثبات تسلّم المال إلى أحد الأشخاص لا يكفي، بالنسبة إلى محكمة النقض، لتسويغ موجب هذا الشخص في رد الأموال التي قبضها، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 نيسان 1993، النشرة المدنية، I، رقم 141، صفحة 94 ـ الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 4 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 324، صفحة 276؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 733، ملاحظة J.MESTRE ـ الغرفة المدنية الأولى من محكمة النقض، 2 تموز 1980، Dalloz 1980، الصفحة 544 من التقرير؛ النشرة المدنية، I، رقم 206، صفحة 170 ـ 20 أيار 1981، Dalloz 1983، صفحة 289، تعليق DEVÈZE. يستفيد المنتفع من التسليم من قرينة ملكية مبنية على المادة 2279 من القانون المدني، بدون أن يكون ملزماً بإقامة السبب القانوني لنقل القيمة. انظر أيضاً تكوين العقد، الرقم 460.

الموضوعية التي يفرضها القانون لتبني وصف أعم قد اجتمعت. وقد حُكم بأن معيار إجارة «لا يحدده الاستعمال الذي لجأ إليه المستأجر للشيء المؤجر، وإنما المقصد الذي أعطاه له الفريقان المتعاقدان»[1]. وبالتالي، إذا كان وجود شيء معين في تمتع مقابل بدل إيجار، فإن إرادة الفريقين هي التي يجب الرجوع إليها لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بإيجار لاستعمال سكني، أو بإيجار مختلط، أو بإيجار لاستعمال اتجاري. فالإرادة في هذه الحالة هي معيار الوصف.

والبحث عن إرادة الفريقين الحقيقية، في غياب تعبير شكلي، هي عمل كيفي من قبل القاضي. فدور القاضي، كما يبين أحد المؤلفين، يبدو مرجحاً. أنه يختار من بين اشتراطات العقد الاشتراط الذي يبدو له صحيحاً ويتجاهل الشروط الأخرى التي يمكن أن تكون لها أهمية حاسمة[2]، بدون أن تمارس محكمة النقض رقابتها. إن مسألتي النية والإرادة تعودان لمجال الواقع وليس لمجال القانون فهما هكذا بمنجى من رقابة محكمة النقض[3]، وذلك بأن تحديد طبيعة الاتفاقية يتوقف جزئياً على إرادة المتعاقدين، وعلى قاضي العجلة الذي يراجع لتطبيق المادة 809 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة (أصول المحاكمات المدنية) أن يعلن عدم اختصاصه، وتحديد طبيعة العقد ينشىء نزاعاً جدياً[4].

إن احترام إرادة الفريقين الحقيقية يتوقف في الواقع على تحديد التعابير التي يستخدمها المتعاقدان ويختارانها، ذلك بأن قضاة الأساس هم أسياد في تفسير اتفاقيات الفرقاء، ومن غير المسموح لهم تشويهها عندما تكون واضحة ومحددة بدقة[5].

وهكذا يتم البحث عن الموجبات الأساسية للعقد عن طريق معايير مختلفة ومنها الإرادة. على أن هذا البحث يبدو أحياناً غير كافٍ لتحديد الوصف ويغدو ضرورياً الاهتمام ببنية العقد.

الفقرة 2 ـ بنية العقد

89 ـ ليس العقد مؤلفاً من أركان وحسب. فالعناصر المعتمدة متحدة برباط، ببنية تحدد بدقة طبيعة العقد. «هذا الرباط هو الذي يؤمن تماسك المجموعة»[6]. ويمكن أن

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1976، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 196. وترتبط هذه المسألة بمسألة آونة تقدير الوصف، انظر الرقم 111 اللاحق وما يليه.

(2) Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213 وما يليه، صفحة 198 وما يليها.

(3) انظر J.Boré, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة Ph.Raynaud، رقم 1524 وما يليه، صفحة 493.

(4) النقض التجاري في 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 45، صفحة 31.

(5) J.BORÉ, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 1228 وما يليه، صفحة 415، رقم 1399، صفحة 462، ولا سيما رقم 2306 وما يليه، صفحة 688 وما يليها. انظر الرقم 23 السابق. انظر حول العلاقات بين نظرية التشويه وسلطة وصف القاضي، الرقم 119 اللاحق.

(6) Fr. TERRE, Volonté et qualification, in archuves philosophie du droit، 1957، صفحة 114. ويلاحظ المؤلف أنه «لا يكفي في حالة البيع أن نكون أمام موضوع وأمام ثمن وأمام نقل ملكية. ينبغي كذلك أن =

تكون نتيجة العقد تبني وصف وحيد أو توزيعي، ولا يمكن أن تكون جمعية[1]. فبنية الاتفاقية، بصورة أكثر تركيباً، تحدد وصفاً مسمى أو وصفاً غير مسمى.

I ـ البُنى المسماة

90 ـ يوفر القانون المدني والقوانين الخاصة اللاحقة للمتعاقدين بعض البنى المعدة لإرضاء حاجاتهم. ووصف العقد حصري. على أنه بإمكان المتعاقدين جمع عقود مسماة مختلفة بدون أن يكون لذلك مفعول إنشاء نموذج عقدي جديد[2]، فيكون وصف العقد توزيعياً.

أ ـ الأوصاف المسماة المانعة

91 ـ اللاإنقسامية هي معيار الأوصاف المسماة المانعة.

خاصة الأوصاف الموحدة أن تكون مانعة. وهكذا يقود الاعتراف بالطابع التابع للموجب إلى الاعتراف بوصف موحد لأنه يخفي أحد الموجبات المنبثقة عن العقد. وهكذا تظهر العلاقة بين الأصلي والتابع إلى حد ما بنية موحدة بشكل أساسي للوصف.

بيد أن العقد ينشيء عموماً عدة موجبات بدون أن يكون بالإمكان تقليص عددها عن طريق الاستبعاد[3]، ويؤمن اجتماعها الأصالة. وثمة رباط بين هذه الموجبات ما هو إلاّ اللاّانقسامية. فاللاّانقسامية عامل وحدة. «عند قيام رباط لاانقسامية بين عدة عناصر يؤدي تنسيق كهذا إلى وصف محدد للمجموعة»[4] ـ. وينجم عن ذلك تطبيق نظام قانوني موحد[5].

ومفهوم اللاّانقسامية يستخدم أيضاً لتحديد امتداد البطلان الذي يتناول العقود المعقدة (أو المركبة) أو مجموعة عقود[6]، وفي قانون الإجراء المدني (أصول المحاكمات المدنية) لتحديد امتداد النقض[7]. غير أن مجرد كون البطلان نتيجة اللاّانقسامية لا يستدعي بسبب ذلك وصفاً موحداً. وكما لاحظ السيد Terré «لا تصلح التقنية القانونية للانقسامية فقط «لجعل مصير عقدين مشتركاً»: إنها تتيح أيضاً تعديل وصف العقدين»[8] ـ فوظيفتها مزدوجة

= يتناول النقل الموضوع وأن يصلح الثمن كمقابل لهذا الموضوع». L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications، رقم 353 وما يليه.

(1) Ph. Malaurie et L.Aynès، المذكورة آنفاً، رقم 14.

(2) انظر بهذا المعنى Fr. Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 593، صفحة 471.

(3) انظر Fr Terré، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 485 وما يليه، صفحة 390 وما يليها، وكذلك D.Grillet - Ponton، الأطروحة المذكورة سابقاً. رقم 102، صفحة 113.

(4) Fr. TERRÉ، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 481، صفحة 387.

(5) Fr. TERRÉ، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 485، صفحة 390.

(6) انظر تلاشي العقد.

(7) المادة 623 والمادة 624 من مدونة قانون الإجراء المدني الجديدة.

(8) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 500، صفحة 401 وصفحة 402. يتبنى المؤلف حول هذه النقطة، تحليل BOULAGER في Usage et abus de la notion d'indivisibilité dans les actes juridiques، =

إذن. وشدد Boulanger على أن «اللاانقسامية تارة (إذاً) تعود إلى الموضوع أو طبيعة عملية ما، إنها تصلح بالتالي لتحديد مفاعيلها، وطوراً هي طريقة معينة لما كان يتوخاه الفريقان: إنها تصلح إذاً لتحديد امتداد بطلان ما»[1].

واللاّانقسامية يمكن أن تكون موضوعية أو ذاتية، بيد أنها سيكون لها دائماً مفعول الاعتراف للعقد بوصف موحد.

92 ـ اللاّانقسامية الموضوعية.

تكون اللاّانقسامية موضوعية عندما يعتبرها المشترع معياراً للوصف ويمكن إثباتها بقطع النظر عن إرادة الفريقين. وهذا ما شدد عليه القانون الضريبي كما تشهد على ذلك صيغة حكم، قديم بالتأكيد، صادر عن غرفة العرائض بتاريخ 5 أيار 1907[2]، وبمقتضاه «لا يكفي أن تكون الأحكام المختلفة للعقد مترابطة في نية الفريقين المتعاقدين؛ يقتضي أيضاً أن تشترك هذه الأحكام، المنظور إليها تجريدياً، في تكوين عقد أصلي وتشكل فيه عناصره المتلازمة والضرورية»[3]. واللاّانقسامية الموضوعية، كما في البطلان[4]، تنجم إلى حد ما عن طبيعة الأشياء.

وتتجلى اللاّانقسامية الموضوعية على وجه الخصوص في العقود الملزمة للطرفين حيث تنصهر بقوة في ارتباط معين[5]، وبصورة أخص في العمليات القانونية المعقدة التي يعترف بها القانون.

وتنص المادة 17 ـ 1 من قانون 6 تموز 1964 على أن عقود الاندماج في الزراعة هي العقود التي «تحوي موجباً متبادلاً في تقديم المنتوجات والخدمات». ووجود مجموعة الموجبات المتبادلة هذا بين المنتج الزراعي والمندمج هو الذي يتيح تبني وصف عقد الاندماج[6]. وتبادلية الموجبات وارتباطها إظهار للانقسامية الموجودة بين الموجبات المختلفة التي يضطلع بها كل فريق.

= المجلة الفصلية للقانوني المدني، 1950، صفحة 1 وما يليها، ولا سيما الرقم 6.

(1) المرجع عينه، رقم 4.

(2) Dalloz 1908، 1، 209؛ Sirey 1909، 1، 46، يوميات الكتابة العدل 1908، البند 29194، صفحة 104.

(3) لاحظ BOULAGER إن هذا الحل المتبنى وفقاً للمادة 11 من قانون 22 فريمير، العام 7، (أصبح اليوم المادة 671 من القانون العام للضرائب الذي بمقتضاه «عندما توجد في عمل ما، مدنياً كان أم قضائياً أم غير قضائي، عدة أحكام مستقلة أو غير مشتقة بالضرورة أحدهما عن الآخر، تتوجب على كل منها، حسب نوعه، ضريبة أو رسم خاص») تفسيره ولا ريب ناجم عن اعتبارات ضريبية، ولكنه يعترف بأن تعليم القانون الضريبي لم يكن من المستهان به (المرجع عينه، رقم 6).

(4) انظر تلاشي العقد.

(5) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 515 وما يليه، صفحة 412 وما يليها ولا سيما الرقم 520، الصفحة 416 والصفحة 417.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 24 صفحة 16=

ويتجلى وجود رباط اللاّانقسامية كمعيار للوصف إذا ما تفحصنا الفقرة 2 من المادة 17 ـ 1 من قانون 6 تموز 1964 التي تنص على ما يلي: «تعتبر عقود اندماج عقود الاتفاقات أو الاتفاقيات المنفصلة التي تبرمها عدة مقاولات صناعية أو تجارية مع المنتج الزراعي ذاته أو مع مجموعة منتجين زراعيين ويؤدي اجتماعها إلى الموجب المتبادل المنصوص عليه في الفقرة المذكورة أعلاه»[1]. واللاّانقسامية هنا أكثر بروزاً لأنها تدخل عدة اتفاقيات، يتميز نظرياً بعضها عن بعضها الآخر. وتبقى طبيعة اللاّانقسامية موضوعية ما دام أن النتيجة الحاصلة هي المأخوذة في الاعتبار بدون مراعاة الإرادة التي عبّر عنها الفريقان[2].

وينشىء المشترع أحياناً عقوداً لاانقسامية من أجل معالجة المفاعيل المنحرفة بتطبيق مبدأ المفعول النسبي للعقود الذي يستبعد بذلك وصفاً توزيعياً.

وهذه هي الحال في القانون رقم 78 ـ 22 بتاريخ 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بإعلام المستهلك وحمايته في مجال بعض عمليات الائتمان الذي جرى دمجه في قانون الاستهلاك. وهذا القانون ينظم عقد القرض للاستهلاك بخلق لاانقسامية قانونية بين عقد القرض وعقد البيع في حال فسخ العقد الأصلي أو إبطاله (المادة 9 التي أصبحت المادة 311 ـ 21 ما من قانون الاستهلاك)، وقد أنشأ المشترع باللجوء إلى تقنية اللاّانقسامية وصفاً موحداً جديداً. فأقام القانون رقم 79 ـ 596، تاريخ 13 تموز 1979 المتعلق بإعلام المقترضين وحمايتهم في الشأن العقاري، المقنن أيضاً، لاانقسامية قانونية بين عقد القرض وعقد البيع، غير أنها محدودة بتكوين العقد. إلاَّ أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض مدّت، في أول كانون الأول 1993، مدى النص إلى التنفيذ العقد معتبرة أن الإيجاب، استناداً إلى أحكام المادة 9، الفقرة الأولى، من قانون 13 تموز 1969 (المادة 312 ـ 12 بأن قانون الاستهلاك)، يجري قبوله دائماً تحت شرط فاسخ لعدم إبرام العقد الذي تم طلب القرض بموجبه، في مهلة أربعة أشهر من تاريخ قبوله. . . «وأن عقد البيع، بسبب مفعوله الرجعي المرتبط بفسخه القضائي، كان يفترض أنه لم يبرم على الإطلاق بحيث أن القرض كان مفسوخاً بحكم القانون»[3].

ويتدخل المشترع أيضاً لإنشاء نموذج اتفاقية جديد يأخذ وصفها نظرياً عن عقدين

= ـ 27 تشرين الثاني 1985 النشرة المدنية، I، رقم 323، صفحة 286 ـ 7 تشرين الأول 1980، مجلة قصر العدل، 5 شباط 1981، 17 شباط 1981، مجلة قصر العدل، 24، 9، 1981، 16 حزيران 1981، مجلة قصر العدل 26 كانون الثاني 1981 ـ 1 تموز 1978، مجلة قصر العدل، 2 كانون الأول 1978 ـ 5 كانون الثاني 1978، مصنف الاجتهادات الدوري 1979أ، II، 19030، ملاحظة J.PRÉVAULT.

(1) انظر بالنسبة إلى التطبيق الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، I، رقم 263، صفحة 252.

(2) انظر حالة لم يؤخذ فيها باللاّانقسامية فيها مما كان يستبعد وصف عقد الاندماج، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، I، رقم 363، صفحة 246.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 355، صفحة 248؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، II، تعليق C.JAMIN.

متميزين. وذلك أيضاً إظهار للاّانقسامية. وهكذا جمّع القانون رقم 84 ـ 595، تاريخ 12 تموز 1984، الذي يعرّف الإجارة الالتصاقية بالملكية العقارية، موجبات تنشأ عن البيع أو الإجارة في صميم فئة تخضع لنظام قانوني موحد.

93 ـ اللاّانقسامية الذاتية.

تسمى اللاّانقسامية ذاتية عندما تنتج عن إرادة الفريقين. وهي تجري «تقلصاً»[1] بين موجباتٍ متنوعة أو اتفاقيات متميزة نحو عقد مسمى عادي. إنها تنتج إذاً مفاعيل متكافئة بشكل ملموس مع المفاعيل الناتجة عن تطبيق قاعدة التابع[2]. وهي لا تُفترض لأنها تتوقف على إرادة الفريقين وليس على طبيعة العقد[3].

ومفهوم اللاّانقسامية استخدمه الاجتهاد على وجه الخصوص في مجال التبرعات بين الزوجين للأخذ بوصف الهبة المستترة. إن أحد الزوجين يأمل، عملياً، التبرع للآخر بإعطائه عقاراً، بيد أنه لم يملكه بعد، ولتحقيق هذه العملية يُعطي الواهب زوجته (أو الواهبة زوجها) أموالاً في يوم البيع الذي يبرم مباشرة لصالح المستفيد، بدون أن يظهر اسم الواهب. إن ذلك هو الفرضية التقليدية للهبة في صورة بيع[4]. وقد طرحت مسألة معرفة ما إذا كانت الهبة تتناول الأموال أو العقار. فحكمت محكمة النقض، في حكمها الصادر في 30 نيسان 1941 «بأن الهبة، عندما تشكل كلاً غير قابل للانقسام عن العقد، المعدّ في نية الفريقين المشتركة لإخفائها، فإن هذا العقد يتناوله البطلان أيضاً في العلاقات بين الزوجين»[5]. ينجم عن ذلك أن موضوع الهبة كان العقار. وعقد البيع كان مستتراً لصالح وصف وحيد مبني على فكرة اللاّانقسامية، بحيث أن العقار، في حالة إبطال الهبة، هو الذي يعود إلى الاندماج في ذمة الواهب المالية. ولهذا الحل سيئة كبرى بالنسبة إلى مكتسب الملكية من الباطن عندما يكون العقار الموهوب قد جرى التصرف به: بسبب المفعول الرجعي الذي ينتجه

---

(1) التعبير هو لـ VOIRIN، تعليقات في مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1727، على النقض المدني بتاريخ 30 نيسان 1941، ومصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3719، في شأن نقض في مناسبة عريضة 18 شباط 1947.

(2) ليس هناك مع ذلك أي رابطة بين مفهوم التابع ومفهوم اللاّانقسامية. وبيّن السيد Terré أنه «يمكن أن تكون ثمة لاانقسامية بدون رباط التصاق. وبالعكس لا يفترض طابع التابع بالضرورة وجود رباط لاانقسامية» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 485، صفحة 391).

(3) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 488، صفحة 392.

(4) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 490 وما يليه، صفحة 393 وما يليها، والتعليق رقم 62 ـ J.BOULANGER, Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1950، صفحة 1 وما يليها، ولا سيما الرقم 7 وما يليه.

(5) النقض المدني في 30 نيسان 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1941، II، 1727، تعليق Voirin؛ D.C. 1942، صفحة 6، تعليق M.N.، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1940 ـ 41، صفحة 629، ملاحظة R.SavaTier. وكذلك النقض المدني في 23 أيار 1882، Dalloz الدوري 1883، 1، 407؛ S. 1883، 1، 72؛ يوميات الكتابة العدل، 1882، البند 22804، صفحة 648.

الإبطال[1]، يصبح المكتسب من الباطن مجرداً من ملكية العقار. ولذلك تدخل المشترع بإدراج المادة 1099 ـ 1 في القانون المدني وبمقتضاها: «لا تعود الهبة» عندما يكتسب أحد الزوجين ملكية مال بأموال أعطاه إياها الآخر لهذه الغاية، سوى نقد ولا يكتسب مالاً استخدماه. وهكذا استبعد المشترع فكرة اللاّانقسامية في هذا المجال الخاص، إلاّ أن الاجتهاد رفض امتداد تطبيق هذا النص على الهبات في صورة بيع المعقودة بين خليلين[2]. تبقى اللاّانقسامية الذاتية إذاً معيار الوصف الوحيد «للهبة المشتركة».

على أنه ينبغي أن لا نخلص إلى أن المادة 1099 ـ 1 من القانوني المدني أصبحت تحرم وصف الهبة المستترة بين الزوجية من فائدتها. فهذه الهبات تبقى محظرة بخلاف الهبات غير المباشرة والهبة اليدوية؛ إنها تعاقب بالبطلان. وينتج عن ذلك أن هبة النقود، وليس المال تطبيقاً للمادة 1099 ـ 1، هي نفسها باطلة[3]. على أن مفهوم الإخفاء يبقى، في مجال التبرعات بين الزوجين، مقتصراً على هذه اللاّانقسامية. وفي الواقع حددت محكمة النقض في أول الأمر أن تعريف الإخفاء هو ستر كاذب لمصدر الأموال[4]. ثم أخذت، منقية تحليلها، بتعريف أكثر وثاقة بالإخفاء: «لا يمكن أن تكون ثمة هبة مستترة. . . إلاّ أن يحوي العقد تأكيدات كاذبة تتعلق بمصدر المال»[5]. وإرادة الفريقين المشتركة في الهبة لا تكفي إذاً لاعتماد وصف «الهبة المستترة».

وإظهار اللاّانقسامية الذاتية نادر في ما يتعلق بوصف العقد[6]، ذلك بأنه غالباً ما يكون من المستحيل التنكر لأحد الموجبات الناشئة عن العقد أو إبعاد اتفاقية هي جزء من مجموعة

---

(1) Ph. MALAURIE, Successions et libéralités، محاضرات 1979 ـ 1980، المحاضرات في القانون، صفحة، 472.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الأول 1977، Dalloz 1978، 290، تعليق ـ POISSON DROCOURT ـ الغرفة المدنية الأولى، أول آذار 1978، Dalloz 1978، صفحة 468 من التقرير، ملاحظة D. MARTIN، فهرس Defrénois، 1978، البند 31828، رقم 59، صفحة 1142، ملاحظة CHAMPENOIS.

(3) انظر ملاحظة J.PATARIN في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1984 (النشرة المدنية، I، رقم 139، صفحة 116؟ مصنف الاجتهادات الدوري، طبعة 1985، صفحة 26، تعليق RÉMY).

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 نيسان 1984، محكمة باريس، الغرفة الأولى، 20 آذار 1985، Dalloz 1985، الصفحة 409 من التقرير.

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4 ـ 21 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 243، صفحة 178 ـ 8 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 311، صفحة 212 ـ 7 شباط 1989، النشرة المدنية، I، رقم 71،صفحة 46 ـ 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 236، صفحة 157ـ 11 حزيران 1991، Dalloz 1992، صفحة 198 من التقرير.

(6) انظر مع ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 935، صفحة 783، وصف موحد لإيجار لاستعمال سكني في ما يتعلق بمكان لاستعمال سكني ومرآب مبني على إرادة الفريقين المشتركة، واستبعاد وصف عارية الاستعمال في ما يختص بإشغال المرآب وحده.

أوسع، فالتركيب يبدو مستحيلاً وتكون اللاّانقسامية بصورة أساسية أداة معدّة لتحديد امتداد إبطال العقد أو مجموعة العقود. وبالتالي يتجه القاضي نحو وصف توزيعي.

ب ـ الأوصاف المسماة التوزيعية

94 ـ بجمع عقد ما بين عدة موجبات أصلية تعود لأوصاف مسماة مختلفة، بدون أن يكون بالإمكان[1] أو من المأمول[2] التصرف عن طريق التقليص أو الضم أو تبني وصف موحد؛ وثمة وصف مختلط مسمى. فوصف العقد يكون إذاً توزيعياً، لأن وصفاً ما لا يمكن أن يكون جمعياً[3]، ولن يسوّغ اللجوء إلى غير المسمى إلاّ أن يبدو هذا النموذج للوصف مستحيلاً[4].

ولا يتوقف الوصف التوزيعي أو المختلط على الوثيقة (instrumentum) التي تثبت الاتفاقية ـ أنه يستدعي فقط استقلالية حقيقية لعناصره ويسوّغ، في غياب إرادة الفريقين المناقضة، بغنى الوقائع المقصود وصفها، كما يبين ذلك Planiol.

95 ـ تأثير الوثيقة.

يمكن أن تحوي الوثيقة عينها عدة اشتراطات تعود لعقود متميزة. ولن ينتج عن ذلك وصف وحيد. فقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأن «المحكمة التي بينت العناصر المميزة لعقود مختلفة لا يسوّغ لها، بحجة أنها تشكل موضوع عقد واحد، أن تفسر أن الاتفاقية الحاصلة تتملص من القواعد التي تسوس هذه العقود المختلفة»[5]. مما يعني أن جمع اشتراطات في العقد ذاته ليس في ذاته عامل وحدة يؤدي إلى وصف حسمي ونظامي أو وصف غير مسمى[6]. وذلك أيضاً إنكار دور راجح للاّانقسامية المادية في وصف العقد[7].

---

(1) الموجبات العديدة لها إذاً أهمية نوعية أو كمية متساوية.

(2) مما لا طائل تحته أحياناً البحث عن وصف موحد يؤدي إلى تطبيق نظام قانوني عادي. وكما لاحظ Planiol في بداية هذا القرن «ليس هناك أي منفعة في الحصول على وحدة منهجية بالنسبة إلى عقد مركب بطبيعته. فالبساطة الحاصلة خاطئة لأنها لا تتوافق مع الوقائع» (تعليق على حكم النقض المدني في 18 تشرين الأول 1911، Dalloz الدوري 1912، I، 113).

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS المذكورين سابقاً، رقم 14.

(4) انظر بهذا المعنى الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1952، Dalloz 1953، صفحة 333، تعليق R.SAVATIER.

(5) 19 كانون الأول 1952 المذكور سابقاً. وفي الاتجاه عينه النقض المدني في 13 كانون الأول 1929، النشرة المدنية، رقم 202، صفحة 400 (وعد أحادي الجانب بالبيع وإيجار هما اتفاقيتان متميزتان بشكل أساسي عندما تثبتان في وثيقة واحدة) ـ النقض المدني في 19 كانون الثاني 1930، النشرة المدنية، رقم 21، صفحة 44.

(6) انظر D.GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 99، صفحة 110.

(7) قارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، III، رقم 109، صفحة 72، الذي رأى أن محكمة الاستئناف «أخذت بصواب بأن عقد إيجار وحيد لا يكفي لكي يتاح للمستأجر الأصلي الحصول على تجديد إيجاره بكامله».

والأمر لا يتعلق إلاّ بمؤشر بين غيره[1] في البحث عن الهدف الذي يتابعه الفريقان. وبالعكس يمكن أن تتضمن عقود مختلفة اتفاقية وحيدة إذا كانت تمثل إرادة الفريقين[2].

96 ـ استقلالية أركان العقد.

تطرح مسألة الوصف التوزيعي أو الموحد على وجه الخصوص في مجال بيع أشياء معدة للصنع. وينبغي الافتراض أن مقاولاً يبيع شيئاً سيصنعه مع معدات يقدمها. ونقل الملكية يعود للبيع، بيد أن العمل المنجز يعود لعقد المقاولة. والنزاع في الوصف يمكن أن يبرز إذاً ولا سيما إذا وفقنا بين المادتين 1711 و 1787 من القانوني المدني. والنص الأول لا يتعلق إلاّ بعمل المقاول. أما النص الثاني فيرتقب فرضية توريد المعدات من قبل المقاول. والنزاع في الوصف ليس ممكناً هنا إلاّ بسبب استقلالية كل ركن من أركان العقد الذي يعود إلى عقد خاص سبق أن كان مسمى. وهذه الاستقلالية تستدعي بالطبع أن تكون الموجبات الأساسية لتبني كل وصف مجتمعة مما يستبعد أي تأثير للموجبات التابعة.

إن بعض المؤلفين، باستيحاء الأعمال التحضيرية لواضعي مدونة القانون المدني ونيتهم، أخذ بوصف موحد للعقد عندما يقدم المقاول في الوقت عينه المادة والعمل: أي البيع[3]. ومن الممكن كذلك أن يكون هناك وصف موحد للعقد بالرجوع إلى قاعدة التابع[4].

وجرى تقديم حل آخر يتمسك بوصف مختلط، فيعود العقد إذ ذاك إلى البيع وإلى إيجار العمل. وقد دافع عن هذا الرأي في أول الأمر Aubry و Rau وفي عرفهما يجب الأخذ بمعيار زمني. فالاتفاقية قبل التسليم تكون خاضعة لقواعد عقد المقاولة، وبعد ذلك، لدى حصول هذا الحدث، تكون قواعد البيع وحدها منذورة للتطبيق[5]. وهذا المذهب لم يكن له صدى في الاجتهاد[6]. ثم قدم Rouast رأياً آخر ينضم إلى التحليل الأعم لـ Planiol في

---

(1) انظر B.TEYSSIÉ, Les groupes de contrats، أطروحة في مونبيلييه، L.G.D.J., 1975، مقدمة J.M. Mousseron، رقم 50 ورقم 51، صفحة 24 وصفحة 25.

(2) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 شباط 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 141، محكمة ...Aix، الغرفة الأولى، 27 تشرين الثاني 1956، مصنف الاجتهادات الدوري، 1957، II، 10046، تعليق J.C. Laurent.

(3) انظر بالنسبة إلى عرض هذا التحليل PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء XI، العقود المدنية، القسم الثاني، L.G.D.J., 1954، عقود المقاولة، تأليف Rouast، رقم 912، صفحة 146، والتعليق 2.

(4) انظر الرقم 82 السابق وكذلك Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المذكورين سابقاً، رقم 74.

(5) الطبعة الثانية، تأليف ESMEIN، 1947، الفقرة 374، الصفحة 400، والتعليق 2.

(6) على أن معياراً كهذا أخذ به الاجتهاد أحياناً. وقد رأت محكمة النقض في ما يتعلق بعقد بيع في صورة إيجار وعقد الإجارة المختلطة أن العلاقات القائمة بين البائع المؤجر والمستعمل القابل كانت، إلى أن يتم نقل الملكية، مكوّنة إجارة بلا شرط، انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 نيسان 1978، النشرة المدنية، III، رقم 157، صفحة 123، في شأن عقد يتناول عقاراً، والنقض التجاري في 7 شباط 1977، =

المطوّل، العملي للقانون الفرنسي تأليف Planiol و Ripert[1]. وقدّر المؤلف صاحب هذا الرأي، بعد أن لاحظ أن القاعدة العامة القانونية التابع يلحق بالأصلي، تقدم عوناً ضعيفاً عندما يكون لأحد الموجبات أهمية معادلة، ويقدر المؤلف أن العقد يخضع في آن معاً لقواعد البيع وقاعدة المقاولة، وتستدعي الموجبات المتميزة نظاماً قانونياً توزيعياً.

ويأخذ بعض الأحكام بتفسير موحد مبني على قاعدة التابع[2] أو على خاصية المنتوج المعد للصنع[3]. وتبنى آخرون في هذا الصدد وصفاً مختلطاً[4]. وقد طرح الاجتهاد مسألة معرفة كيف يمكن التوفيق بين وصف مختلط للعقد والوصف الموحد المعتمد عموماً.

97 ـ معيار الأوصاف المختلطة.

سبق أن رأينا أن إرادة الفريقين يمكن أن يكون لها تأثير أساسي في تحديد التابع[5]. ويمكن الأخذ من جهة ثانية بأن اللاّانقسامية الذاتية لا تُفترض طالما أنها تتوقف حسب تعريفها على إرادة الفريقين وليس على طبيعة العقد[6]. ينتج عن ذلك أن انقسامية الموجبات الناشئة عن العقد هي المبدأ، واللاّانقسامية أو العلاقة الرئيسية بالتابع هي الاستثناء. وذلك يعني التأكيد أن الوصف المختلط للعقد هو المبدأ، وأن إظهار الإرادة الصريح أو الضمني المعاكس لإرادة الفريقين يمكن أن يقود إلى تبني وصف موحد مع مراعاة احترام قواعد الانتظام العام.

ويمكن بهذه الطريقة أن نفسر أن عقداً ما كعقد بيع شيء معد للصنع يرتدي أحياناً وصفاً موحداً وأحياناً أخرى وصفاً مختلطاً، مع التعيين أن سكوت الفريقين حول طبيعة عقدهما لا يمكن أن يقود وحده إلى الاعتراف بوصف موحد. فالوصف يرتكز على وفرة الوقائع المعدّة للوصف وعلى تنوع الموجبات التي يضطلع بها كل متعاقد.

= النشرة المدنية، IV، رقم 38، صفحة 35. انظر القانون رقم 84 ـ 595 بتاريخ 12 تموز 1984 الذي يعرّف الإجارة الملتصقة بالملكية العقارية والذي ينظم بعض العقود المعروفة سابقاً في الممارسة باسم الإجارة البيعية العقارية.

(1) التعليق المذكور سابقاً، Dalloz الدوري 1913، 1، 113.

(2) المرجع عينه.

(3) انظر الأحكام المستشهد بها في الرقم 82 السابق، التعليق 164.

(4) انظر الرقم 82 السابق.

(5) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 16 آذار 1977، النشرة المدنية، III، رقم 131، صفحة 101، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18913، تعليق Hassler؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 755، ملاحظة CORNU ـ النقض التجاري في 23 كانون الثاني 1978، Dalloz 1978 ـ صفحة 424، النقض التجاري، 6 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 4، صفحة 3؛ Dalloz 1982، صفحة 528 من التقرير، ملاحظة B.AUDIT، انظر J.GHESTIN et B. DESCHÉ, La vente رقم 81.

(6) انظر الرقم 87 السابق.

(7) انظر الرقم 93 السابق.

فالمقصود ضبط إرادة الفريقين مما يشكل سيئة بارزة في مناقشة النزاع القضائي. فالقاضي يملك بالفعل سلطة تفسير الاتفاقيات وتقديره لنية الفريقين سيد، مع التحفظ مع ذلك لجهة عدم تشويه الاشتراطات الواضحة والدقيقة. وهذه السلطة الآيلة إل محاكم الأساس لها بلا نزاع مخاطر الكيفي كما شدد على ذلك السيد Terré[1] وتشكل عقبة أمام رقابة الوصف من قبل محكمة النقض. وبإمكان القاضي، تحت غطاء التفسير، تقليص بعض الموجبات إلى العدم والأخذ بوصف موحد بالنسبة إلى الكل، على أن الوصف المختلط مفضل على الوصف الموحد الذي يكون مقلصاً للحقيقة بمبالغة.

ويعطي قرار صدر في 25 كانون الثاني 1989[2]، عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض إشهاراً حسناً. وقد كان على محكمة النقض، من أجل تطبيق المادة 2 من مرسوم 14 آذار 1978 التي تعتبر الشروط المحدّدة لمسؤولية البائعين المهنيين تجاه المستهلكين أو غير المهنيين غير مكتوبة لأنها خارجة عن المألوف وتجاه الاشتراط المألوف الذي يحدد بتسليم شريط خام التعويض المتوجب على شركة Kodak عقب خسارة شريط معطى للتظهير، إن تبت، سواء أكان العقد بيعاً أو مقاولة، بوصف البيع الذي يتضمن ثمنه حصراً معالجة المناظر أو مونتاجها (montage).

وكانت شركة Kodak المدانة بالتعويض عن الضرر الحقيقي المقدّر بستمائة فرنك قد تذرعت بأن العقد «لا يتحلل كعقد بيع وإنما كعقد مقاولة» لا تطبق عليه المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978. وقد لاحظت الغرفة المدنية الأولى أن المحكمة «بينت أن الإيجاب الصادر عن شركة Kodak Pathé بمعالجة الشريط كان معروفاً ومقبولاً من السيد Robinفي آونة شراء الشريط وليس في آونة إيداع الشريط لتظهيره، وأن الثمن الإجمالي لم يكن يفرق بين كلفة الشريط وكلفة معالجته، وأن المحكمة أعلنت بعد ذلك بتقدير سيد أن العمل القانوني المعقود من قبل السيد Robin، بإرادة الفريقين، كان غير قابل للانقسام». وخلصت من ذلك إلى «أن طابع البيع الذي يمثله، ولو كان جزئياً، يؤدي إلى تطبيق المادة 2 من مرسوم 24 آذار 1978».

ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى، من أجل تأكيد حل اعتبرته منصفاً، قد شذّت عن القواعد التي تسوس وصف العقود. ولم تكن اللاّانقسامية غير المتنازع فيها لعمليتي بيع الأشرطة ومعالجتها لتشكل عقبة أمام الاعتراف بالطابع المختلط لهذه الاتفاقية الوحيدة. على أن الغرفة المدنية الأولى اعترفت بهذا الطابع المختلط بأخذها بأن «العمل القانوني» كان يمكن أن لا يكون بيعاً إلا جزئياً. فالاتفاقية تحوي في آن معاً الموجبات الناتجة عن البيع،

---

(1) الأطروحة المستشهد بها سابقاً.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 43، صفحة 28؛ Dalloz 1989، صفحة 253، ملاحظة Ph. MALAURIE, Les petites Affithes، 31 أيار 1989، صفحة 21، تعليق T. Hassler، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 574، ملاحظة Ph. RÉMY؛ Dalloz 1989، الصفحة 737 من التقرير، ملاحظة AUBERT Dalloz 1989، الصفحة 303 من الموجز، ملاحظة Ph. Hassler؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، II، 21357، تعليق G. Paisant.

في مرحلتها الأولى، والموجبات الناجمة عن عقد مقاولة في مرحلتها الثانية. كان إذاً أكثر مطابقة للحقيقة، في ما يتعلق بالضبط بمعاقبة عدم تنفيذ موجبات Kodak أن يطبق بشكل توزيعي أو متتالٍ نظام البيع على المبيعات المرتبطة بهذا البيع الأخير ونظام عقد المقاولة على الموجبات المرتبطة بعمليات المعالجة والمونتاج. إن الوصف ينبغي أن يكون عملية حيادية وليس وسيلة تطبيق نظام جرى الحكم بأنه الأفضل. وكان من المفضل، للحصول على النتيجة المتوخاة، مدّ أحكام مرسوم 24 آذار 1978 عن طريق المماثلة أو اللجوء مباشرة إلى تطبيق قانون 10 كانون الثاني 1978 بإعلان الشرط المنازع فيه غير مألوف بدلاً من التصرف بتشويه الفئات القانونية.

وباتجاه هذا الطريق توجهت في النهاية محكمة النقض بالسماح لقضاة الأساس بإبطال شرط غير مألوف حتى في حالة غياب مرسوم تطبيقي[1].

يضاف إلى ذلك أن الأوصاف المختلطة لها فائدة معينة في الشأن الجزائي وعن طريق تشريح العقد بإمكان القاضي الجزائي الأخذ ببعض الحلول التي تفلت من سيطرة المادة الجزائية إذا كان قد جرى اعتماد وصف موحد مسمى أو غير مسمى. وفي هذه الرؤية تحقق المحاكم الجزائية عمل تقسيم كي تظهر، خلف تعقيد الوقائع، عناصر الوصف العادي ولا سيما لقمع إساءة الائتمان[2]. ومن المعروف أن عملاً كهذا، منذ إصلاح قانون العقوبات، أصبح غير مفيد[3].

على أن هذا العمل في التقسيم، ومن وجهة نظر أعم، يمكن أن لا يعطي أي نتيجة بالنسبة إلى فئات الإسناد، وينبغي بالتالي التوجه نحو وصف غير مسمى.

II ـ البُنى غير المسماة

98 ـ مفهوم «العقد غير المسمى».

ليس لمفهوم العقد غير المسمى في القانون المعاصر معنى مماثل للمعنى الذي أخذ به القانون الروماني. ويجب التذكر أن قانون العقود في روما كان إجرائياً بشكل أساسي؛ فالعمل يسبق القانون. ولم يكن العمل ممنوحاً للمتعاقدين إلا أن يكونوا قد التزموا ضمن

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 أيار 1991، النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 449، تعليق J.GHESTIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 526، ملاحظة J.MESTRE؛ J. HASSLER, Clause absuve et perte d'une pellicule photo: un arrêt important، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 أيار 1991، Petites Affiches، 8 تموز 1991، رقم 81، صفحة 18 ـ 26 أيار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 132، مصنف الاجتهادات الدوري،، 1993، I، 3709، صفحة 424 وصفحة 425، ملاحظة I. MARCHESSAUX؛ D. 1993، صفحة 598، تعليق G. PAISANT.

(2) انظر: M.VÉRON، تعليق على حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 2 آذار 1974، D. 1974، صفحة 607، ولا سيما صفحة 609، الصفحة الثانية العمود الثاني ـ D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 390 وما يليه، صفحة 449 وما يليها. انظر الرقم 56 السابق.

(3) انظر الرقم 56 السابق.

الأشكال التي يفرضها الشكل. وإلا كان الأمر متعلقاً بعهد مجرد من العمل مما كان يترجم القول المأثور لا يفسح العقد المجرد المجال لأي دعوى[1]. وكان غير المسمى يمثل إذاً نمط تعهد لا يعترف به القانون وهو محروم من الدعوى[2]. على أنه ظهرت في مجموعة منتخبات Justinien دعوى تنفيذ التقديم المتفق عليه عندما يكون المتعاقد قد قام بتنفيذ تقديمه. فكانت دعوى Præscriptis verbis[3]. وهكذا جرت إمكانية تعريف العقد غير المسمى في القانون الروماني بأنه «عقد ملزم للطرفين غير مصنف بين العقود المسماة، وقد جرى تنفيذه من قبل أحد الفريقين من أجل تقديم متبادل»[4].

ولم يعد للعقد المسمى في القانون الوضعي الحالي المعنى عينه. فالمادة 1107 من القانون المدني تضفي الصحة من حيث المبدأ على تعهد مجرد من الأشكال. وينجم عن ذلك أن النظرية الرومانية أصبحت بالية[5]. وقد لوحظ أن «الصعوبة ترتكز اليوم على معرفة ما إذا كان بإمكان الإرادات الفردية إنشاء أنواع جديدة من العقود، مختلفة عن الأنواع التي يتضمنها القانون»[6]، وعلى تسويغ اللجوء إلى غير المسمى عن طريق التبني الضروري لتوافق الإرادات على «مختلف حاجات الحياة»[7].

وقد جرت في هذه الرؤية محاولة تعريف العقد غير المسمى «كعقد أجنبي عن العقود

---

(1) انظر: D.GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3 وما يليه، صفحة 6 وما يليها. انظر تكوين العقد، رقم 56 وما يليه، وكذلك E.PETIT, Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 268 ورقم 400 ـ HL. J.MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد الأول، الموجبات، الطبعة الثامنة، تأليف Fr. CHABAS، منشورات Montchrestien، 1991، رقم 60، صفحة 53. ومما له مدلوله ملاحظة أن القانون الروماني لم يعدّ أي نظرية عامة للعقد.

(2) PLANIOL, Classification synthétique des contrats، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1904، صفحة 470 وما يليها، ولا سيما الصفحة 486. قدر المؤلف أن أنواع العقود جميعاً كانت مبتكرة ومعروفة منذ وقت طويل، وأن تكريس مبدأ التوافقية أفرغ فئة العقود غير المسماة من ماهيتها طالما أن الأمر كان يتعلق بنمط تعهد اختفى في عام 1804. على أن Planiol قبل وجود عقود جديدة إمّا بموضوعها وإمّا بمزيج عناصر قديمة، غير أن الأمر لم يعد يتعلق إلاّ بأنواع جديدة لصنف سبقت معرفته. انظر بالنسبة إلى انتقاد هذه الفرضية، Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 591 وما يليه، صفحة 449 وما يليها. ويلاحظ المعارض على وجه الخصوص أن التصنيف المقترح يتناول الموجبات أكثر مما يتناول العقود، وأنه أكثر وصفاً مما هو تفسيري، ولا سيما في ما يتعلق بالرباط الذي يوحد مختلف الموجبات الناشئة عن العقد. وحداثة العقد تقدر في الواقع بالنسبة إلى العقود المسماة في القانون المدني أو القوانين اللاحقة (رقم 595 ورقم 596).

(3) E.PETIT المذكور سابقاً، رقم 406، صفحة 414. انظر حول قوة هذه الدعوى D.GRILLET-PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 8 وما يليه، صفحة 10 وما يليها.

(4) E.PETIT المذكور آنفاً، رقم 402، صفحة 411.

(5) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 591، صفحة 469 وما يليها، والتعليق 56 ـ انظر تكوين العقد، رقم 28.

(6) TERRÉ، المرجع عينه.

(7) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 19 وما يليه، صفحة 18 وما يليها.

المسماة، القانونية أو خارج القانوني، المنبثقة عن القانون المدني أو التي ظهرت لاحقاً، سواء أكانت هذه المقاومة تشكل إظهار الطابع المتجانس وغير القابل للتخفيض لمفهوم قانوني جديد، أو أنها توضح الحدود الملازمة لهذه الفئة المسماة أو تلك، في صدد أشكال عقدية منشقة وإنما «لا نموذجية» مفهومياً[1]. فيكون مفهوم العقد غير المسمى، حسب هذا التحلل، مزدوجاً حسبما يكون اتفاق الإرادتين منفصلاً إلى حد ما عن الفئات الموجودة، وكان الأمر لا يتعلق إلا بفارق درجة وليس بفارق طبيعة.

ويتجلى غير المسمى، في المادة العقدية، في أشكال ثلاثة. ويبين السيد Terré هكذا وجود «غير المسمى ـ التقسيم» المنبثق عن غياب عنصر وصف معروف، ثم «غير المسمى ـ المزيج» الناتج عن تنسيق عناصر منبثقة عن العقود المسماة، وأخيراً «غير المسمى ـ الإنشاء» الذي يضبط عناصر جديدة للوصف[2].

ولوحظ إضافة إلى ذلك أن ظاهرة غير المسمى تحمل في ذاتها جراثيم دمارها ذلك بأنها ما أن تصبح في مفهوم معين حتى تصنفها السلطة المعيارية في صف العقود المسماة[3].

99 ـ التفريق بين العقد غير المسمى والعقد من نوع خاص.

العقد غير المسمى، بالمعنى الدقيق للتعبير، هو العقد المجرد من الاسم. فالقانون لم ينص عليه وبالأحرى لم ينظمه[4]. ويوجد، إلى جانب هذا النموذج، وصف يسمى من نوع خاص يعتبر أحياناً مرادفاً للمعنى السابق[5].

والعقد من نوع خاص ليس بالضرورة عقداً غير مسمى[6]، حتى ولو كان بالإمكان ملاحظة أن «التعبير الروماني عقد من نوع خاص الذي يدل اشتقاقياً على عقد مزود بنوع

---

(1) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 206، صفحة 229.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 569، صفحة 456 وصفحة 457.

(3) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 567، صفحة 455 ـ D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 207، صفحة 229 وصفحة 230.

(4) J.FLOUR et J. - L. AUBERT، الموجبات، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 89 ـ B.STARCK، الموجبات، المجلد 2، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 106 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، الموجبات، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 57.

(5) F.GÉNY, Sciences et techniques en droit privé positif، الجزء II، رقم 209، صفحة 136 ـ M.ROLAND, Essai sur les catégories juridiques, spécialement en droit privé، أطروحة في ليون، 1952 Fr. TERRÉ،، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 561، صفحة 449 وصفحة 450 ـ J.HAUSER, Objéctivisme et subjectivisme dans l'acte juridique، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1971، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 94، صفحة 149 ـ H-L-S. MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء II، الموجبات، المجلد الأول، الطبعة الثانية، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 111، صفحة 96. وفي الاتجاه عينه، وإنما أقل وضوحاً، D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 185.

(6) على نقيض ذلك على ما يبدو Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، المذكوران آنفاً، رقم 19.

خاص يبدو متوافقاً مع وجود حقيقة عقدية جديدة»[1]. إن الأمر يتعلق وحسب بنموذج خاص نص عليه القانون[2] أو عرّفه الفريقان، لا يقارن بأي عقد مسمى آخر[3]. واللجوء إلى هذا الوصف، على عكس ما سبق إعلانه، لا يشكل «رفضاً كسولاً للتحليل»[4]، وإنما هو، بكل بساطة، رفض مماثلة العقد الموصوف بالنوع عينه بنموذج عقد قريب لتأكيد استقلالية نظامه القانوني. وهكذا يؤكد الاجتهاد باستخدام تعبير من نوع خاص استقلالية نموذج عقدي تحدده السلطة المعيارية أو يتصوره الفريقان بالنسبة إلى نماذج عقدية أخرى.

وعلى هذا النحو يجري تفسير الاجتهاد الذي نما في ما يتعلق بالعقد التمهيدي في مجال المبيعات العقارية المعدة للبناء وهو عقد مسمى من النوع عينه، وتنص المادة 261 ـ L 10 من قانون البناء والإسكان[5] على أن «البيع المنصوص عليه في المادة 261 ـ L 10 يمكن أن يسبقه عقد تمهيدي يلتزم البائع بمقتضاه، مقابل إيداع ضمان يتم بموجب حساب خاص، بأن يخصص الشاري عقاراً أو جزءاً من عقار». . . «ويعتبر باطلاً أي وعد آخر بالشراء أو البيع». وهذا النص ليس آمراً إلاّ في القطاع المحمي للبناء[6]. والمسألة التي طرحت كانت مسألة معرفة ماذا كانت الطبيعة القانونية لهذا العقد المسمى «عقد حفظ»[7]. هل ينبغي تحليله كوعد أحادي الجانب خاضع لأحكام المادة 1840 ـ A من القانون العام للضرائب أم أن الأمر يتعلق بعقد من طبيعة أخرى خاضع لموجب التسجيل؟

إن محكمة استئناف باريس اختارت الحل الثاني[8]، ومحكمة استئناف رين اختارت الأول[9]. وقد بتت محكمة النقض بالخلاف في حكم نقض لانتهاك قانون 27 تشرين الأول

---

(1) D.GRILLET - PONTON، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 162، صفحة 185.

(2) انظر H HAYEM, Domaines resprectifs de l'association et de la société، أطروحة في باريس، 1907، رقم 285، صفحة 358.

(3) ترفض السيدة GRILLET-PONTON هذا الاشتقاق لصالح اشتقاق العقد غير المسمى «النموذجي»، (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 161، صفحة 185) بخلاف العقد غير المسمى «اللاّنموذجي» الذي يمكن تعريفه حسب المؤلف بأنه «عقد بنية حدية غالباً ما تكون عابرة ولا تندرج، بسبب بعض التباين، في التعريف الدقيق للعقد المسمى وإنما في التعبير المفهومي لهذا الأخير» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 163، صفحة 191). انظر G.CORNU، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1976، صفحة 160، يصبح العقد الموصوف هكذا عقداً مسمى تقريباً باستثناء فارق نوعي.

(4) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS المذكورين آنفاً، رقم 19 ورقم 20.

(5) المعدل بالقانون رقم 79 ـ 596 بتاريخ 13 تموز 1979.

(6) P.MALINVAUD et P. JESTAZ, Droit de la promotion un immobilière، الطبعة الثالثة. موسوعة Dalloz، 1986، رقم 362.

(7) P.MALINVAUD et P. JESTAZ المذكورين سابقاً، رقم 371.

(8) محكمة استئناف باريس، 17 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 1937، تعليق MEYSSON et TIRARD؛ مجلة قصر العدل، 1972، I، 312، طلبات COM III؛ Dalloz 1972، صفحة 115 من الموجز ـ محكمة استئناف باريس، 29 حزيران 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18524، تعليق MEYSSON et TIRARD.

(9) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1975، صفحة 688، تعليق GROSLIÈRE؛ =

1975 فحكمت بأن عقد الحفظ يجب تحليله «كعقد من نوع معين ملزم للفريقين بشكل أساسي ويتضمن موجبات متبادلة، فيلتزم البائع مقابل إيداع ضمان بحفظ عقار أو جزء من عقار للشاري المحتمل، وعقد من هذا النوع لا يمكن بنتيجة ذلك أن يماثل بوعد أحادي الجانب بالبيع مقبول بمعنى المادة 1840 ـ A من القانون العام للضرائب الذي يجب أن تفسر أحكامه تفسيراً ضيقاً»[1]. وأكدت محكمة النقض ثانية منذ وقت قريب أن عقد الحفظ ليس وعداً مقبولاً بالبيع، بدون الرجوع إلى مفهوم العقد من نوع خاص[2]. من الصحيح أن المسألة المنازع فيها لم تكن في هذه الحالة مسألة معرفة ما إذا كان العقد خاضعاً للتسجيل الإلزامي أم لا. ومهما يكن من أمر ينبغي أن يلاحظ أن محكمة النقض استخدمت وصف العقد من نوع خاص من أجل استبعاد وصف مسمى آخر والنظام القانوني المرتبط به وحسب. وهذا يعني أن هذا الوصف يمكن تطبيقه على عقد مسمى وحسب، وإنما، وبصورة خاصة، يتيح تأكيد استقلالية العقد المقصود بهذا الوصف.

والعقد غير المسمى يمكن أيضاً أن يكون من نوع خاص بمعنى أنه قاصر على بعض الأوصاف الخاصة القريبة. هناك بالتالي، بداهة، تداخل بين الوصفين. بيد أن هذا التقاطع ليس إلاّ ظاهرياً. إن عقداً ما يمكن أن يكون غير مسمى بمعنى أنه مجهول في التصنيفات الموضوعة سابقاً، إمّا لأن نظامه القانوني مأخوذ عن عقد مسمى أو عدة عقود مسماة، وإمّا لأنه غير خاضع لنظام عقد مسمى آخر ـ ويكون الأمر متعلقاً في الحالة الأولى بعقد غير مسمى. وفي الحالة الثانية يوصف اتفاق الإرادتين بعقد غير مسمى من نوع خاص. وهذا النموذج الأخير لا نلتقيه إلاّ عندما يكون الفريقان قد حددا بدقة النظام القانوني لاتفاقيتهما، ذلك بأن العدالة تنزع بالطبع إلى الاستعانة بما هو معروف، سواء تعلق الأمر بالوصف أو بالنظام القانوني.

100 ـ المنفعة المعاصرة لفئة العقود غير المسماة.

جعل نمو الانتظام العام لفئة العقود غير المسماة منفعة أكيدة[3]. وقد جرت البرهنة، على عكس الرأي الصادر عن العميد Savatier[4]، على أن مجرد الواقع في أن العقود

= مجلة قصر العدل، 1974، I، 258، تعليق M.PEISSE، فهرس Defrénois، 1974، البند 35657، تعليق M.Vion؛ العمل القانوني بحصر المعنى، 1974، صفحة 816، تعليق BRUN.

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1975، مصنف الاجتهادات الدوري 1976، II، تعليق MEYSSON et TIRARD؛ Dalloz 1976، صفحة 97، تعليق FRANCK؛ فهرس Defrénois، 1976، I، 297، تعليق FRANCK؛ مجلة قصر العدل، 1976، I، 67، تعليق PEISSE ـ وكذلك P.MALINVAUD et P. JESTAZ، المذكورين آنفاً، رقم 371، وهما يقدران أن مسألة الوصف ينبغي تسويتها تبعاً للموجبات المشترطة في كل اتفاقية، على اعتبار أن عقد الحفظ ليس سوى قالب.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1987، النشرة المدنية، III، رقم 114، صفحة 68.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 28، وكذلك D.GRILLET - PONTON الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 286، صفحة 330.

(4) تعليق على حكم النقض الاجتماعي في 27 آذار و 15 أيار 1952، Dalloz 1953، صفحة 19.

خاضعة لتنظيم من الانتظام العام لا يمنع الفريقين من إبرام عقد غير مسمى قريب[1]. فليس هناك أي سبب، ما دام القانون الآمر لا يتعلق إلاّ بعقد محدد على وجه الخصوص، يسوّغ أن يمتد إلى عقد ما تنظيم خاص مطبق على عقد آخر حتى ولو كان آمراً.

ويبين السيد Terré في هذه الرؤية أن «تأثير طابع الانتظام العام للقواعد المتعلقة بالعقود المسماة القريبة، تجاه شروط غير المسمى، يتجلى في واقع أن التشديد يتناول بشكل واضح تطلب الطابع الجديد فعلياً للعقد أو بصورة أعم العمل غير المسمى بالنسبة إلى الأطر الموضوعة سابقاً»[2].

إن الاجتهاد هو في هذا الاتجاه، فهو يعترف بصحة العقود غير المسماة وبفعاليتها، رافضاً امتداد مجال بعض قواعد الانتظام العام. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 30 نيسان 1985[3]، بأن العقد الذي تعهدت فيه إحدى الشركات ببيع مالكي قطعة أرض على الشيوع شقتين عليها بناؤهما على هذه القطعة، مقابل التفرغ عنها، ويشترط أن يكون الشارون متحررين بدفع الثمن عن طريق المقاصة مع ديونهما المتعلقة بثمن بيع قطعة الأرض، «لا يعود لأحكام قانون 3 كانون الثاني 1967 ومرسوم 22 كانون الأول 1967 حول بيع عقارات معدة للبناء وإنما يشكل عقداً من نوع خاص، يرتكز على دفع ثمن الشقق بمقابل لجهة حقوق السيدة L والسيدة S في قطعة الأرض التي كانتا مالكتيها...». وكان قد سبق لقضاة الأساس أن بيّنا أنه لم يكن مشترطاً أي إيداع ضمان أو أي سجل لاستحقاق دفع الثمن. والعقد بالتالي لا يعود لأحكام القوانين المذكورة آنفاً التي هي من الانتظام العام لأنه يمثل إحالة واضحة بالنسبة إلى النموذج المبين في القانون بصورة خاصة. ويشكل التفرغ عن قطعة الأرض مقابل تسليم الأمكنة المعدة للبناء عقداً غير مسمى قريباً من بيع عقار للبناء وإنما غير خاضع لأحكام من الانتظام العام ينظمها هذا القانون.

إن اتفاقية الإشغال الموقت المتميزة بالطابع العرضي لحق الإشغال[4] ليست خاضعة لنظام الإيجارات التجارية[5] أو لنظام الإجارة الزراعية[6].

---

(1) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 597 وما يليه، صفحة 475 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 603، صفحة 480. ويشهر المؤلف اقتراحه برسم تطور قانون الإيجارات الريفية.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 76، صفحة 58؛ Dallloz 1986، الصفحة 43 مكرر من التقرير، ملاحظة P.MAGNIN.

(4) النقض التجاري في 10 نيسان 1967، النشرة المدنية، III، رقم 137، صفحة 138.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 639، صفحة 457 ـ النقض التجاري في 10 نيسان 1967 الحكم المذكور سابقاً ـ انظر C.ROY - LOUSTAUNAU, Le contrôle judiciaire de la validité de la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux à l'épreuve de la théorie générale des contrats (A propos de l'arrêt rendu par la 3° Chambre civile, le 28 octobre 1987)، Dalloz 1988، العرض XXXIV، صفحة 216 وما يليها.

(6) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 حزيران 1971، النشرة المدنية، III، رقم 388، صفحة 275. =

وتشكل اتفاقية تتناول التفرغ عن معدات طبيب، واستعمال عيادته المهنية، وتقديم زُبُنه، عقداً خاصاً لا يمكن خلطه مع الإيجار. ينتج عن ذلك أنها لا يمكن أن تعود لقانون أول أيلول 1948 بحيث أن قاضي بدلات الإيجار هو غير صاحب اختصاص[1].

وغير المسمى، بكونه يتنكر لنوع من الانتظام العام للحماية، يولّد إساءة استعمال مما يتناقض مع حد أدنى للعدالة العقدية[2]. وهذا ما يبينه بعض ما أنشأته الممارسة التجارية[3]، والحال أن هاجس استبعاد تنظيم إكراهي أكثر اللازم يبدو في الأمر مشروعاً، إلاّ أنه ينبغي أن لا يسمح بالتملص من أحكام الحماية المشروعة هي أيضاً. ولمعالجة هذه السيئة جرى اقتراح توسيع الفئات العقدية النوعية وتعزيز النظرية العامة للعقد التي تطبق على الاتفاقيات جميعاً[4] أو البحث عما إذا كان مبدأ عام للتوازن العقدي يجب أن يصحح شطط الليبرالية العقدية[5].

وهذه الطرق يتعذر استعمالها إلاّ بقياس وتمييز إذا كان المراد الحفاظ عل منفعة حقيقية لوصف العقد. وتوسيع فئات ارتباط النظرية العامة للعقد أو تعزيزها له بالضرورة مفعول تدمير التصنيفات الموضوعة سابقاً عن طريق التنسيق بين الأنظمة القانونية. ومبدأ الحرية العقدية يمكن بالتالي إعادة النظر فيه.

- أضف إلى ذلك: في ما يتعلق باتفاقية الإشغال الموقت، المتميزة عن عقد الأيْجار وبعض بديلاته كالإيجار التجاري والإيجار الريفي، والقاصرة بالتالي على بعض القواعد-الخاصة الآمرة والمطبقة على هذا الوصف الأخير كإسناد، R.MEURISSE، تعليق على النقض التجاري في 20 كانون الأول 1949، S. 1950، I، 61 ـ P.ESMEIN, Les conventions d'accupation précaire d'un immeuble، مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، I، 1059.

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 652، صفحة 466.

(2) تفحصت لجنة الشروط غير المألوفة مثلاً العقود التي اقترحتها الوكالات الزواجية. وقد لاحظت في توصيتها رقم 87 ـ 02 (B.O.C.C.R.F.)، 13 آب 1987، Lamy droit économique المذكور سابقاً رقم 4894)، أن عقود «الوساطة» الزواجية كانت اتفاقيات لا تشكل موضوع أي تنظيم نوعي. وبتعبير آخر يتعلق الأمر باتفاقيات غير مسماة. كما لاحظت اللجنة أن هذه العقود كانت على وجه العموم مطبوعة بأحرف مجهرية تجعل قراءتها شبه مستحيلة. والحال أن المشترع، في مجالات أخرى، فرض مسافات مطبعية بحدها الأدنى. بيد أن هذا الموجب، طالما أن عقد «الوساطة» الزواجية غير منظم، أجنبي عنه. وبالتالي، وبسبب وصف العقد، فإن قواعد حماية الرضا المنصوص عليها في صدد الاتفاقيات كعقد الائتمان أو التأمين، غير مطبقة. فأوصت اللجنة بالتالي «بأن تشكل العقود التي اقترحها المهنيون على المستهلكين موضوع مستند خطي مقروء وأن تكون الأحرف المطبعية المستعملة بالحد الأدنى للجسم 8». من الصحيح أنه لا توجد، في ما يتعلق بهذه الاتفاقية، فئة قانونية قريبة يمكن أن تصلح كإسناد. إن الأمر يتعلق فقط بحماية المستهلك. وقد أخذ المجلس النيابي (البرلمان) في الاعتبار التمنيات الصادرة عن اللجنة. فالمادة 6 من القانون رقم 89 ـ 421، تاريخ 23 حزيران 1989 Dalloz (1991 صفحة 211) تتضمن أحكاماً مختلفة من شأنها «تهذيب» عقد الوساطة الزواجية باستخدام تقنيات معبّر عنها: الشكلية وحق الندم.

(3) M.CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale، في Mélanges Gabriel Marty، تولوز، 1978، صفحة 235 وما يليها.

(4) M.GABRILLAC، المذكور آنفاً، رقم 17، صفحة 246.

(5) M.GABRILLAC، المذكور سابقاً، رقم 18، صفحة 247 ـ انظر تكوين العقد، رقم 253 وما يليه.

إن الأمر يتعلق في النهاية بالاختيار بين ليبرالية قانونية بدون حدود حقيقية تولد إساءة استعمال وليبيرالية مراقبة. ويبين التطور أن القانون الوضعي يتجه نحو الخيار الأول. غير أن التوازن يبقى من الصعب إيجاده. ويغري السلطة المعيارية، تحت غطاء تصحيح بعض إساءات الاستعمال، الانحراف نحو إسراف آخر بأن يقلص عملياً المجال المتروك لمبادرة الفريقين وتصورهما إلى العدم. ولذلك يمكن التفكير، في ما يتعلق بالانتظام العام للحماية، في أن تدخل المشترع ينبغي بالضرورة أن يكون دقيقاً ومحدداً باتفاقية خاصة يضعها، بسبب إساءات الاستعمال، في صف العقود المسماة.

على أن الطابع غير المسمى لاتفاقية ما ليس من شأنه استبعاد قواعد الانتظام العام جميعاً. وهكذا يقتضي فرض الانتظام العام السياسي والخلقي والانتظام العام للإدارة[1]، حتى على الاتفاقيات غير المسماة، ذلك بأن هذه القواعد، بطبيعتها، منذورة لأن تسوس مجمل المادة العقدية وليس عقداً يؤخذ في الاعتبار منعزلاً[2]. والمادة 1107 من القانون المدني تحدد ذلك بدقة وبصورة صريحة.

وهكذا أعلنت محكمة النقض، في هيئتها العامة المجتمعة، استناداً إلى المادتين 6 و 1128 من القانون المدني، أن عقد الأمومة لصالح الغير باطل إذ عرّفته كاتفاقية تعمدت فيها امرأة بأن تحبل وتحمل ولداً وتتخلى عنه عند ولادته. وهذه الاتفاقية تتعارض بالفعل مع مبدأ الانتظام العام لمسؤولية الجسم البشري ومع عدم قابلية التصرف بحالة الأشخاص[3].

101 ـ ينبغي بيان شروط الوصف ثم النظام القانوني لغير المسمى.

أ. شروط الوصف

102 ـ إن تبني الوصف غير المسمى هو احتياطي. ويتبين إمّا بوجود موضوع جديد

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 120 وما يليه.

(2) انظر على سبيل المثال، عقد الدخل العمري (مدى الحياة) «المدة محددة»، وبمقتضاه يتحرر المدين بالدخل من موجباته بانقضاء مهلة محددة سلفاً أو بوفاة البائع. وهذا العقد بالتالي، غير المنصوص عليه في التشريع، منذور لأن يوصف بغير المسمى ولا سيما أنه يمكن أن ينعت ببيع بالتقسيط (انظر J.M. OLIVIER، التعليق في فهرس Defrénois، 1984، صفحة 1230، رقم 8). وقد أبطلته الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، لكونه يشكل تعهداً على إرث مستقبلي محظراً تطبيقاً للمادة 1130، الفقرة 2، من القانون المدني، بحجة «أن محكمة الاستئناف التي أخذت بأن العقد لم يكن له طابع الغرر وأن الشرط المنازع فيه كان هدفه الوحيد حرمان إرث السيد .J.M من الأقساط السنوية لثمن البيع المستحقة بعد وفاة البائع، استنتجت بصواب أن هذا الشرط كان مفعوله تعطيل القواعد الإرثية وكان يشكل عهداً على إرث مستقبلي بكونه يعطي السيدة R حقاً مانعاً في دين يعود إلى الإرث طبيعياً» (الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 290، صفحة 260، فهرس Defrénois، 1984، البند 33405، صفحة 1227، تعليق OLIVIER؛ 1984، صفحة 563، تعليق MAYAUX، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 184، ملاحظة J.PATARIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، IV، صفحة 55).

(3) 31 أيار 1991، النشرة المدنية، رقم 4، صفحة 5؛ Dalloz 1992، صفحة 417، تقرير النائب العام Y.CHARTIER، تعليق D.THOUVENIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، I، 3570، صفحة 148، ملاحظة M.FABRE-MAGNAN.

للتقديم أو موضوع جديد للعقد، وإمّا بإعداد جديد للموجبات الناشئة عن الاتفاقية.

103 ـ الرجوع إلى الوصف غير المسمى هو احتياطي[1].

يتمثل في العقود جميعاً نوع من الأصالة بالنسبة إلى التصنيفات المعروفة ويقتضي عدم رميها آلياً في مجال غير المسمى. وبالفعل لن يعتمد الوصف غير المسمى إلاّ أن يظهر أنه من المستحيل اللجوء إلى فئة معينة سابقاً. فهو إذاً احتياطي، وهذا الطابع يسوّغ بسببين، أولاً نظراً إلى مقاومة القانوني الذي له طبيعياً نزعة إلى ربط الاتفاقية التي عليه أن يصفها بتصنيف موجود سابقاً[2]، مع المجازفة بتشويهها، ثم لأن تأثير الانتظام العام يقود إلى عدم قبول الرجوع إلى غير المسمى إلاّ بتبصر بتطلب استقلالية حقيقية للاتفاقية المعدة للتصنيف، ذلك بأنه لوحظ أنه من السهل، في الحالة المعاكسة، التحايل على القواعد الآمرة[3].

ينبغي إذاً أن يكون الوصف غير المسمى خاضعاً لشروط دقيقة. وفي الواقع ثمة وصف وحيد مطلوب في عرف السيد Terré: «يجب لكي يكون هناك عقد غير مسمى، أن يكون هذا العقد جديداً بالفعل بالنسبة إلى التصنيفات المقبولة سابقاً من المشترع أو المكرسة من قبل الاجتهاد»[4]؛ على أن تجلي هذه الجدة متغير، وهي باتجاه قطبين: موضوع التقديم أو العقد وإحكام الموجبات الناشئة عبر العقد.

104 ـ موضوع التقديم الذي يقوم المتعاقد بتنفيذه وموضوع العقد.

ليس الموضوع المقصود هنا موضوع الموجب الناشىء عن العقد[5]، وإنما، من جهة أولى، الشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموعود به بمعنى المادة 1128 من القانون المدني[6]، ومن جهة ثانية، موضوع العقد المفهوم على أنه الموجب الأصلي الذي ينشئه[7].

وقد لاحظت السيدة Grillet - Ponton، تحت عنوان «اختيار مواضيع جديدة

---

(1) Fr. TERRÉ المذكور سابقاً، رقم 565، صفحة 453. الوصف غير المسمى في عرف المؤلف نسبي أيضاً. وهكذا يتوقف الوصف على عدد القوالب القانونية المعروفة وعلى ضارب الجذب الذي تمثله هذه النماذج العقدية المعروفة بالنسبة إلى الاشتراطات الخاصة (رقم 566). يضاف الى ذلك أن الوصف غير المسمى له طابع انتقالي. وما أن تجدد نظامه القانوني سلطة معيارية حتى يتنكر لنفسه هو ذاته (رقم 567). وخاصيات العقد غير المسمى هذه تابعة، وهي تنتج عن الطابع الاحتياطي للوصف.

(2) انظر P.ROUBIER; Théorie générale du droit، منشورات Sirey، 1951، صفحة 16 وصفحة 17 ـ R.PERROT, De l'influence de la thechnique et le but des institutions juridiques، أطروحة في باريس، 1947، صفحة 152: «ينزع الفكر البشري إلى العمل عن طريق استدلال بالمماثلة، بدلاً من أن يدع نفسه تجاه حقائق لاستخراج صيغ تقنية تصلح لإرضائه».

(3) Fr. TERRÉ، المرجع عينه، والرقم 603 وما يليه، الصفحة 480 وما يليها.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 604، صفحة 481.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 676، حول هذا المفهوم.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 677.

(7) انظر تكوين العقد، رقم 678 ورقم 679.

للموجب»، مما يتوافق في الحقيقة مع موضوع التقديم، ظاهرة تطوُّق المادة (أي تحويلها إلى طاقة) تؤدي إلى إنشاء غير المسمى[1]. وتحت عنوان «اختيار مواضيع جديدة للعقد»[2]، تفحصت ظهور أنماط جديدة للعقود مقتبسة عن فئات قانونية معروفة إلاّ أن المتعاقدين يحولانها عن قصديتها. والأمر لا يتعلق في هذه الفرضية إلاّ بانحراف التقنية، على سبيل استعادة تعبير السيد Perrot[3]، التي يمكن أن تولّد غير المسمى، كما لاحظت «عدداً من العقود الجديدة التي ظهرت ابتداعية عن طريق موجبات ناتجة عنها والتي دُفعت إلى غير المسمى، مع أنها باقية داخل منطقة الوصف المنتشر والمرسوم حول كل عقد مسمى بمفهوم موضوع العقد. وبالعكس نرتفع درجة في غير المسمى عندما تظهر استقلالية عملية جديدة في الوقت عينه في زاوية موضوع الموجبات وفي زاوية موضوع العقد»[4].

وبإمكان المتعاقدين اكتشاف مواضيع جديدة غير أنها يجب أن تكون قابلة لأن تدخل في التجارة وإلاّ كانت الاتفاقيات التي تتناولها باطلة تطبيقاً للمادة 1128 من القانون المدني[5].

ومن الضروري لكي ترتدي اتفاقية ما وصف غير المسمى أن تتوفر فيها أولاً الشروط العامة للصحة التي تخضع لها العقود. واللجوء إلى غير المسمى لا يصلح لصحة الاتفاقية التي لا موضوع لها بمعنى المادتين 1108 و 1128 من القانون المدني. وهكذا نقضت محكمة النقض الأحكام لكونها قبلت صحة أحكام تفرغ مزعوم عن الزُبُن، إذ لاحظت «أن المهام التي يجب أن تنجزها النقابات والمديرون القضائيون لا تشكل سوى تنفيذ وكالات قضائية ليست أشياء في التجارة ولا يمكن أن تكون موضوع اتفاقية»[6]. وأضافت الغرفة المدنية الأولى ليس ثمة أي نص يحوي حق التمثيل (أو النيابة) لصالح هؤلاء الوكلاء وليس لهم أي زبون لأن «كل شخص تتوفر فيه الشروط المطلوبة لالتماس تسجيله في قائمة محكمة الاستئناف والحصول عليه، ويمكن هكذا أن يكون معيناً كوكيل أو مدير قضائي بدون أن يكون موضوع تمثيل في محاكم التجارة التي، من أجل اقتراح مرشح للتسجيل في قائمة

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 113 وما يليه، صفحة 123 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 126 وما يليه، صفحة 138 وما يليها. يورد المؤلف بهذه الصفة عقد الأمانة والإجارة البيعية وتحصيل الديون.

(3) De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques. أطروحة في باريس، 1947.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 132، صفحة 144.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 802 وما يليه، والرقم 99 اللاحق.

(6) النقض التجاري في 25 تشرين الثاني 1986 (حكمان)، النشرة المدنية، IV، رقم 223، صفحة 194 وصفحة 195. انظر أيضاً الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 نيسان 1990، النشرة المدنية، I، رقم 88، صفحة 64. انظر في الاتجاه عينه، بالنسبة إلى «زبن» طبيب أسنان خارج التجارة، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1990، النشرة المدنية، I، رقم 38، صفحة 29؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 560، ملاحظة F.ZENATI؛ فهرس Defrénois، 1990، صفحة 1018، ملاحظة J.L. AUBERT.

محكمة الاستئناف، لا يمكنها أن تأخذ في الاعتبار تمثيلاً كهذا[1]. والحل مختلف بالنسبة إلى الكتّاب العدل. فقد حُكم بأنه «إذا كانت وظيفة الكاتب العدل ولقب الكاتب العدل ليسا في التجارة، فإن حق الكاتب العدل في تقديم خلفه إلى السلطة العامة يشكل حقاً يتعلق بالذمة المالية التي يمكن أن تكون موضوع اتفاقية يسوسها القانون الخاص»[2] ذلك بأن قانون التقديم كرسه القانون حتى أن له قيمة دستورية لكونه تكرس في عدة قوانين في عهد الجمهورية الثالثة، ولا سيما عقب إعادة التنظيم الإقليمي الذي غدا ضرورياً عن طريق تبدلات أنظمة الألزاس واللورين.

غير أن المحكمة البدائية في Créteil[3] حكمت بأن إعطاء المنيّ البشري لمركز الدراسة وحفظ المنيّ (C.E.C.O.S) لا يمكن أن يشكل عقد إيداع تنظمه المواد 1915 وما يليها من القانون المدني ولا يمكن أن يطبق على شيء ليس في التجارة، إذ إن المنيّ يحوي جرثوم الحياة المعد لخلق كائن بشري. بيد أن المحكمة، وبصورة تناقضية، بعد أن ميزت اتفاقية تتناول شيئاً خارج التجارة، اعتبرت أن الاتفاقية كانت مشروعة وتتضمن موجب رد لأرملة المعطي بحجة أنه «يظهر أن اتفاقية 7 كانون الأول 1981 كانت تشكل عقداً خاصاً يحوي بالنسبة إلى مركز الدراسة وحفظ المنيّ البشري موجب حفظ ورد للمعطي أو تسليم لمن كان المني معداً لها». والحكم يكشف عن نوع من التناقض لأنه لا يمكن من جهة أولى، التأكيد أن موضوع العقد كان خارج التجارة، ومن جهة ثانية، ثمة اتفاقية من نوع خاص تتناول هذا الشيء بالضبط. والرد يمكن أن يؤمر به استناداً إلى نظرية البطلان. وكان يمكن هكذا الحصول على النتيجة المنشودة بدون أن يتعرض الحكم للمأخذ بأنه أنتج مفاعيل عقد تثبت من بطلانه.

واكتشاف «موضوع جديد» للعقد يقود أحياناً إلى توسيع تصنيف موضوع سابقاً. ثمة عقد غير مسمى، حتى ولو كان غير المسمى لا يمثل سوى مرحلة في تطور الفئة المعنية[4].

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 91؛ Dalloz 1986، صفحة 189، تعليق D. CARBONNIER؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 93، ملاحظة J.MESTRE. وكذلك: الغرفة المدنية الثالثة، 4 أيار 1983، النشرة المدنية، III، رقم 103؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 113، رقم 3، ملاحظة Fr. CHABAS، في ما يتعلق بالتنازل عن موافقة إدارية ضرورية لاستثمار تعليم سوق السيارات. إن تنازلاً كهذا باطل في عرف محكمة النقض أياً كان وصفه لعدم وجود موضوع ذلك بأن عدد مؤسسات تعليم السوق غير محدد وأي شخص يمكنه أن يحصل، عندما تتوفر فيه الشروط القانونية، على الإذن الإداري للاستثمار. فالاتفاقية كانت إذاً مجردة من الموضوع مما يجعل موجب الدفع على عاتق المتنازل له مجرداً من السبب.

(2) الغرفة المدنية الأولى، 16.تموز 1985، النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 201، فهرس Defrénois، 1986، 785، ملاحظة J.L. AUBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، طبعة 1986، صفحة 253، تعليق M.DAGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 88، رقم 2، ملاحظة J.MESTRE.

(3) المحكمة البدائية في Créteil، الغرفة الأولى، أول آب 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، II، 20321، تعليق CORONE.

(4) انظر D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114 وما يليه، صفحة 124 وما يليها. ■

أنه توسيع لفئة قانونية معروفة بتأثير متزاوج للإرادات الفردية والاجتهادات، حتى لإرادة المشترع الذي يقع عليه بصورة أخص أن يمد بعض التصنيفات أو أن يخلق الجديد منها.

على أن الممارسة تكتشف أيضاً «مواضيع عقود» جديدة تمثل أصالة أكثر مدلولاً وغير قابلة لأن تمتصها الفئات الموجودة. وهذا ما لاحظه أحد المؤلفين الذي استبعد مفهوم «موضوع التقديم كمعيار تصنيف العقود الخاصة»[1]. وهذا مثلاً حالة عقد الكشف عن سر[2] وأحد إظهاراته هو عقد الكشف عن تركة[3]. والموضوع المادي لاتفاقية ما، بصورة عامة، منذ بضع عشرات من السنين، لم يعد مكوناً من شيء مادي حصراً وإنما من أشياء غير مادية، من قيم مجردة كالمهارة (Savoir faire، Know Haw) والنصيحة. والإعلام[4] التي بدت غير قابلة لأن تكون موضوع بعض العقود ومنها البيع[5].

ويمكن أن يكون موضوع العقد، غير المفهوم «كشيء» وإنما كموجب ينشئه، جديداً أيضاً ومتميزاً عن قوالب عقدية موضوعة سلفاً[6]. والضمان لدى أول طلب الذي أفسح في المجال حديثاً للعديد من المنازعات القضائية هو مثال حق على ذلك. فالضامن يتعهد في هذه العملية بدفع مبلغ من العملة محدد لدى أول طلب من المستفيد بدون أن يكون في وسعه التذرع بالاستثناءات التي تصيب العقد الأساسي الذي يجمع بين المستورد والمصدّر. وقد

= يأخذ المؤلف كمثال، تحت عنوان «موضوع جديد للموجب ووصف العقود الناقلة للحقوق الشخصية»، الأعمال التي تنجزها المهن الحرة؛ إنها أعمال عاصية على أوصاف الوكالة وإجارة العمل، بيد أن التطور (تطور التصنيف) ينزع إلى إدخالها في فئة إجارة العمل. وقد لاحظ المؤلف أن «الوصف غير المسمى (أيضاً) كوّن بنية وقتية، خاضعة للتطور الديناميكي لمفهوم الموضوع» (رقم 116، صفحة 127).

(1) J.F. OVERSTAKE, Essai de classification des contrats speciaux، أطروحة في بوردو، L.G.D.J.، 1969، مقدمة J.BRETHE DE LA GRESSAYE، صفحة 29.

(2) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 615، صفحة 486 وصفحة 487.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 847.

(4) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الآنفة الذكر، ولا سيما الرقم 121 وما يليه، صفحة 131 وما يليها P.CATALA, La «propriété» de l'information, Mélanges P.RAYNAUD _ 1985، صفحة 97 وما يليها. وكذلك M.P. LUCAS DE LEYSSAC, Une information seule est-t-elle susceptible de vol ou d'une autre atteinte juridique aux biens? Dalloz 1985، العرض IX، صفحة 41 وما يليها. انظر حول عقود المعلوماتية التي تندمج بصعوبة في فئات قانونية معروفة، F.COLLART-DUTILLEUL, Les apports des contrats de l'informatique au droit des contrats. في Le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، صفحة 222 وما يليها، ولاسيما الرقم 14 وما يليه، صفحة 228 ما يليها، وكذلك R.SAVATIER, Les contrats de conseil professionnel en droit privé، D. 1972، العرض XXIII، صفحة 137 وما يليها ولا سيما الرقم 29، صفحة 149. وللمؤلف ذاته La vente des services، Dalloz 1971، الصفحة 223 من العرض.

(5) D. GRILLET - PONTON، المرجع عينه.

(6) انظر في صدد العقد الذي يضع مصرف بمقتضاه بتصرف زبونه خزنة والذي لا يمكن أن يكون إيداعاً حقيقياً ولا إجارة، A.ROBERT, Le contrat dit «de coffre - fort»، مصنف الاجتهادات الدوري، 1959، 1507 _ C.CAVALDA، موسوعة Dalloz، فهرس القانون التجاري، V، الخزنة، 1972.

حكمت محكمة النقض بأن هذا الضمان لم يكن كفالة[1] ولا تفويضاً[2]. ولا يمكن أن تكون ثمة مماثلة، ذلك بأن موجب الضمان مستقل كلياً. وهكذا تصورت الممارسة أمناً جديداً تتركز فعاليته على مبدإ القوة الملزمة للعقد[3]. وخاصية هذه العملية هي خلق موضوع جديد للعقد يولّد غير المسمى. ولا يتوقف موجب الضمان الذي يضطلع به المصرفي على الموجب الأصلي الهادف إلى الضمان.

وليس عقد الضمان لدى أول طلب سوى مثال على تصور عالم الأعمال، إذ يوجد العديد من الاتفاقيات، وعلى وجه الخصوص في قطاع توزيع المنتوجات والخدمات التي تنفصل عن فئات القانون المدني والقانون التجاري، كعقود إدارة النشاطات والتأهيل وشركات التوصية لغاية دعائية... على سبيل المثال[4]. وتشكل هذه الاتفاقيات التي لا طائل من تنظيم قائمة بها عقوداً غير مسماة بسبب طبيعة الموجب الأصلي الذي تولّده.

105 ـ إحكام الموجبات التي يولّدها العقد.

إن إحكام مختلف الموجبات الناشئة عن العقد، أي بنية العقد ذاتها، قابل لأن ينشىء اتفاقية غير مسماة ما ادام أن اجتماع الموجبات لا يمكن تقليصه إلى مجرد جمع العقود[5]، وأن لاانقسامية الموجبات لا تظهر وجود بنية مسماة[6]. وقد جرى التشديد، في هذه الحالة الأخيرة، على أن «المقدمة لمجمل «قيمة مضافة» الذي لا يفسّرها مجرد جمع العقود الموجودة تشكل علامة غير المسمى»[7]. فبنية الاتفاقية إذاً هي التي تمثل جدة متهمة.

يمكن أن نجد أحد الأمثلة الأكثر نموذجية في عقد الصناعة الفندقية غير الوارد في صف العقود المسماة، غير أن القانون المدني لم يتجاهله كلياً[8]. وأصالته في أنه يحوي

---

(1) النقض التجاري في 20 كانون الأول 1982، Dalloz 1983، صفحة 365، تعليق M. VASSEUR ـ النقض التجاري في 12 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 344، صفحة 280؛ Dalloz 1985، صفحة 269، تعليق M. VASSEUR ـ النقض التجاري في 19 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 274، صفحة 231؛ Dalloz 1986، الصفحة 153 من التقرير، ملاحظة M.VASSEÛR.

(2) النقض التجاري في 12 كانون الأول 1984 المذكور سابقاً، وكذلك حوْل هذه المسألة M.BILLIAU, La délégation de créance (Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations) أطروحة في باريس I، .L.G.D.J، 1989، مقدمة S.GHESTIN، رقم 406، وما يليه، صفحة 367 وما يليها.

(3) انظر حول النقاش الفقهي المتعلق بالسبب وبالتالي بصحة الضمان لدى أول طلب، تكوين العقد، رقم 911.

(4) J.PAILLUSSEAU Les contrats d'affaires، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، I، 3275؛ Le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1987، صفحة 169 وما يليها.

(5) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 99، صفحة 119 وما يليها.

(6) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 95، وما يليه، صفحة 115 وما يليها.

(7) D. GRILLET - PONTON، المرجع عينه.

(8) انظر حول مسؤولية الفندقي المادة 1952 وما يليها من القانون المدني، وحول امتياز الفندقي في شأن الحاجات التي يودعها الزبون، المادة 2102 من القانون المدني، وفي شأن تقادم الدعاوى المقامة على الفندقي، المادة 2271 من القانون المدني.

مجموعة موجبات ملتصق بعضها ببعضها الآخر ولا تعود قسراً إلى عقد واحد مسمى قريب. وقد جرى الحكم بأن محكمة البداية (القاضي الوحيد) غير مختصة للنظر في دعوى طرد مقيم من مقر فندقي، وهو بديلة الصناعة الفندقية، ذلك بأن العقد المبرم مع المقيم، بسبب التقديمات العديدة التي يوفرها المقر، لم يكن عقد إيجار مكان مؤثث لمدة محددة[1]. صحيح أن تقديم سكن موقت لا يتوافق مع موجب المؤجر لأن الفندقي يحتفظ بنوع من السيطرة على الغرفة[2]. يضاف إلى ذلك أن الفندقي يضطلع ببعض التقديمات الملحقة كتأمين أمن الزبون[3] أو حراسة حوائجه[4] التي تبدو غير قابلة للانفصال. وعقد الصناعة الفندقية، بسبب إحكام الموجبات التي يولدها على عاتق الفندقي، لا يمكن إذاً أن يماثل بعقد مسمى في القانون[5]، حتى ولو كانت الممارسة أعطته اسماً، وشدد الاجتهاد على طبيعته بتعريفه[6]. فالوصف النوعي «المسمى» هو وحده القابل للفهم. ولا ينتج عن ذلك نظام قانوني أصلي كلياً لأنه ليس من نوع خاص حتى ولو كان عقد الصناعة الفندقية غير مسمى[7].

ب ـ النظام القانوني للعقد غير المسمى

106 ـ تخضع العقود غير المسماة لجسم قواعد غير قابلة للتقليص مجمعة حول النظرية العامة للموجبات. يضاف إلى ذلك أن توسيع فئات الإسناد، عن طريق استبعاد بعض عناصر العقد، يعود إلى الاعتراف لتطبيق العقد غير المسمى بقواعد خاصة بنموذج عقد إسناد. وإذا سعينا إلى تحديد نظام العقد غير المسمى نلاحظ أن النظام القانوني الخاص معرّف أولاً بصورة سلبية، غير أنه لا يستبعد، من حيث المبدأ، تطبيق بعض القواعد القريبة عن طريق المماثلة.

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 شباط 1981، النشرة المدنية، III، رقم 32، صفحة 25. الحكم له مدلوله إذ يتعلق بنقض استناداً إلى المادة 1709 من القانون المدني.

(2) انظر موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧٠°، الفندقي المؤجر، 1981، تأليف J.MESTRE، رقم 6.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تشرين الأول 1981، Dalloz 1982، الصفحة 88 من التقرير.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1982، الصفحة 179 من التقرير ـ محكمة استئناف باريس، 12 تشرين الثاني 1986، Dalloz 1986، الصفحة 487 من التقرير.

(5) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 613، صفحة 485.

(6) النقض الاجتماعي في 12 آذار 1954، Dalloz 1954، صفحة 311: «لا تختلف طبيعة عقد الصناعة الفندقية عن طبيعة عقد الإيجار المؤثث بكيفيات التسديد وإنما بالتقديمات الثانوية التي لا توجد اعتيادياً في إيجار السكن المؤثث». انظر أيضاً حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1952، Dalloz 1953، صفحة 92.

(7) انظر في شأن هذا التفريق الرقم 99 السابق، وحول عقد الصناعة الفندقية J.MESTRE، موسوعة Dalloz، المشار إليه سابقاً رقم 18 وما يليه.

107 ـ إخضاع العقد غير المسمى للنظرية العامة للموجبات.

تخضع المادة 1107 من القانون المدني، الفقرة الأولى، صراحة العقد غير المسمى للقواعد العامة موضوع الباب «في العقود أو الموجبات الاتفاقية على وجه العموم»، أي للمواد 1101 إلى 1369 من القانون المدني[1]. التي تشكل ما سماه أحد المؤلفين «النظام التعاقدي الأولي»[2].

غير أن الطبيعة الخاصة للعقد التي بيّنها الاجتهاد يمكن أن تتعارض مع تطبيق قواعد هذا «النظام» جميعاً، إذ يمكن مثلاً طرح سؤال معرفة ما إذا كانت المادة 1326 من القانون المدني التي تنص على قاعدة إثبات عادية، ينبغي أخذها بهذا المعنى في ما يتعلق بالضمان لدى أول طلب. وبمقدار ما يحمل هذا التعهد من وعد أحادي الجانب بدفع مبلغ من العملة يقتضي تطبيق المادة 1326 بلا قيد أو شرط، بحيث أنه يجب أن يكون ثمة بدء بيّنة خطية في حال عدم كفاية ما ورد في المخطوطة، وينبغي أن يكون بإمكان القاضي أن يستحوذ على العقد الأساسي لتحديد الموجب الصحيح لتضامن ـ غير أنه بالإمكان أيضاً بيان أن هذا التعهد مستقل. وكما شدد على ذلك السيد Simler: «استقلالية الضمان تتطلب أن يكون مبلغها محدداً بوضوح. والفرق بالنسبة إلى الكفالة في هذا الصدد له مدلوله. ففي حين أن امتداد تعهد الكفيل يمكن أن لا يكون محدداً إلاّ بالنسبة إلى الدين الأصلي: ضمان دين محدد مع توابعه كلها، أو ضمان ديون المدين جميعاً تجاه الدائن، بدون تحديد المبلغ، فإن اشتراطاً كهذا لا يمكن فهمه في إطار ضمان إرادة الفريقين مستقلاً والاستقلالية والإسناد إلى العلاقة الأساسية في ما يتعلق بتحديد مبلغ التعهد يكونان متناقضين. وإسناد كهذا يستدعي بالضرورة أن يتم التحقق من حقيقة موجب المدين الأصلي وامتداده، مما يتناقض مع الاستثناءات الملازمة للضمانات المستقلة»[3]، وبالتالي يجب أن ينتج عن ذلك أن البيّنة الخارجية غير مقبولة. وعليه يجب أن لا يكون من الممكن تطبيق المادة 1326 من القانون المدني في معناها المألوف، عدا أن لا يغدو الضمان لدى أول طلب، تحت غطاء التطبيق الدقيق «لنظام العقود الأولي»، سوى تنوع محسّن للكفالة. غير أن الاجتهاد عند ذلك يدمر الفئة القانونية التي أوجدها هو نفسه. والمسألة معروضة حالياً على محكمة النقض.

وقد عمم الاجتهاد قواعد أخرى سنّها المشترع في صدد العقد الخاص واندمجت في النظرية العامة للموجبات. فوصف العقد يكفي لتطبيق القاعدة بدون أن يكون من المفيد التساؤل حول وصف العقد أو البحث عن الفئة القانونية الخاصة التي يمكن يرتبط بها اتفاق الإرادتين.

---

(1) بهذا المعنى PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 42، صفحة 45. وكذلك موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٥V، العقود والاتفاقيات، تأليف L.BOYER، 1993، رقم 90. انظر الرقم 100 السابق.

(2) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 322، صفحة 363.

(3) Cautionnement et garanties autonomes، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1992، رقم 903.

وهذا هي حال مبدإ تحظير التعهدات الأبدية المرتبط بالمادة 1709 من القانون المدني المتعلقة بعقد الإجارة عندما يكون للتعهد طابع الذمة المالية[1]، وبالمادة 1780 من القانون عينه في ما يختص بالتعهدات الشخصية[2].

108 ـ إخضاع العقد غير المسمى للقواعد التي تسوس التصنيف العام.

العقد الموصوف «بغير المسمى»، من نواحٍ معينة، يمكن أن يرتبط بفئة معروفة سابقاً، فتكون القواعد المطبقة على هذه الفئة بالتالي منذورة للتطبيق على العقد غير المسمى[3]، ذلك بأنها اندمجت في النظرية العامة لعقد الإسناد.

وقد شاهدنا مثلاً، في ما يتعلق بتطبيق قرينة المسؤولية الملقاة على عاتق مستأجر شيء مؤجر في حالة الحريق[4] توسيعاً للفئة القانونية لإيجارات المنازل والأموال الريفية التي تطبق عليها القرينة[5].

وجرى الحكم بأن أجيراً يستفيد من مسكن مخصص لسكنه بشكل تابع لوظائفه ويشغل الأمكنة الموضوعة بتصرفه من قبل مستخدمه بمقتضى عقد هو عقد إيجار مع أنه يخضع لقواعدها خاصة، والتمتع بالأمكنة لم يمنح مجاناً، وأن مقابله هو عمل الأجير، فينتج عن ذلك أن أحكام المادة 1733 من القانون المدني تطبق في مثل هذه الحالة»[6].

وحكمت محكمة النقض بالطريقة عينها في 2 حزيران 1977[7] بالنسبة إلى عقد إجارة فعلية قابل للوصف بعقد «خارج الصناعة الفندقية» بالأصح بسبب توفير المؤجر بعض التقديمات الملحقة، بأن «الإشغال العقدي للأماكن لقاء مقابل، ولو كان بصفة مؤقتة، يخضع الشاغل القرينة المسؤولية المنصوص عليها في المادة 1733 من القانون المدني». والطابع المؤقت للأشغال بدون تأثير في الوصف النوعي للعقد. ولذلك لوحظ أن الاجتهاد تخلص من وجود إيجار بالمعنى الضيق لتطبيق المادة 1733 من القانون المدني[8].

---

(1) النقض المدني في 20 آذار 1929، Dalloz الدوري 1930، 1، 13، تعليق VOIRIN.

(2) انظر الرقم 180 اللاحق وما يليه.

(3) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 326 وما يليه، صفحة 366 وما يليها.

(4) المادة 1733 من القانون المدني: «يسأل المستأجر عن الحريق إلا أن يثبت «أن الحريق حصل بحدث فجائي أو قوة ظاهرة أو عن عيب في البناء، أو أن الحريق امتد من منزل مجاور».

(5) على أن القرينة، استبعدت بالنسبة إلى الإيجارات المتعلقة بالمؤسسات التجارية، النقض التجاري في 16 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 294، صفحة 239، في حين أن القرينة كانت ممتدة في السابق إلى إيجار الأموال المؤثثة، النقض المدني في 16 آب Dalloz 1982 الدوري 1982، 83، 1، 213.

(6) النقض الاجتماعي في 3 آذار 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 238، صفحة 204.

(7) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 2 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 181، Dalloz 1977، صفحة 694، رد Chambéry، 17 حزيران 1975، Dalloz 1977، صفحة 498 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1978، النشرة المدنية، III، رقم 312، صفحة 236، Dalloz 1976، الصفحة 13 من التقرير.

(8) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثالثة، V°، الإيجار، 1987، تأليف E.K، رقم 416.

وكان هذا الحل موضع انتقاد، فقد بيّن مؤلفون أن قرينة المسؤولية لا يمكن أن تطبق، ذلك بأن المسؤولية بدون خطإ (المادة 1733 من القانون المدني) لا يمكن فهمها اليوم إلاّ بسبب موجب التأمين الذي لا يمكن أن يفرض على المؤجر الفعلي. يضاف إلى ذلك أن الموجبات الأخرى الملازمة لعقد الإيجار، كعبء الإصلاحات الإيجارية، لا يمكن فهمها بالنسبة إلى العقود المحددة مدتها ببضعة أيام وعلى الأكثر لأسابيع معدودة[1]. وقد رأينا في العقد «خارج الصناعة الفندقية» تجديداً لعقد الإجارة المؤثثة الذي يفترق عن الإيجار المؤثث بتوفير بعض التقديمات الثانوية التي لا تعود مع ذلك إلى مجال عقد الصناعة الفندقية، واقترح وصف الإيجار الفعلي التقليدي كعقد إشغال مؤقت؛ وهاتان الاتفاقيتان غير المعروفتين في القانون المدني يجب أن لا تخضعا للأحكام التي تنظم عقد الإيجار الفعلي بسبب استقلاليتهما[2].

إن قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1733 من القانوني المدني لا يمكن، في أي حال، أن تقوم بدور إلاّ أن تكون ثمة اتفاقية متعلقة بإشغال الأماكن[3].

وعندما تكون للعقد أصالة مؤكدة أكثر من اللازم لا يكون توسيع فئة الإسناد قابلاً للفهم. ويمكن بالتالي تطبيق القواعد الأعم ما عدا عن طريق المماثلة[4].

وقد رؤي أن قرينة المسؤولية الواردة في المادة 1733 من القانون المدني يتعذر تطبيقها عندما ينتج إشغال الأمكنة عن عقد من نوع خاص يستبعد الإيجار، والإجارة الإرادية حتى إجارة الخدمات، ويتوافق مع تعهد مؤقت لمدة تجربة بدون اشتراط بدل إيجار أو عائدة أو أجر[5]. وذلك على وجه الخصوص لأن أي مقابل مالي لم يكن يشترط أن يكون وصف الإيجار، بالمعنى الواسع، مستبعداً.

109 ـ يحدد النظام القانوني الخاص للعقد غير المسمى سلبياً على وجه العموم.

غالباً ما يتذرع المتقاضي بوصف العقد غير المسمى لتجنب تطبيق القواعد المطبقة على الاتفاقيات القريبة. وقد رأينا أن هذا المسمى متقدم على وجه الخصوص عندما يواجه العقد بقواعد من الانتظام العام[6]. بيد أن المحاكم تستبعد بصورة عامة تطبيق القواعد البديلة المتعلقة بالعقد غير المسمى القريب، في حال صمت اتفاقية الفريقين[7].

---

(1) A.BÉNABENT et C.LUCAS DE LEYSSAC, La nature juridique des locations saisonnières، 1977، العرض XXXII، صفحة 242 وما يليها.

(2) A.BÉNABENT et C.LUCAS DE LEYSSAC، المرجع عينه.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 220، صفحة 120.

(4) انظر الرقم 110 اللاحق.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 كانون الأول 1970، النشرة المدنية، III، رقم 703؛ Dalloz 1971، صفحة 57 من الموجز، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، IV، 24.

(6) انظر الرقم 100 السابق.

(7) انظر D. GRILLET - PONTON، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 318 و 319، صفحة 360 وصفحة 361.

وينبغي أن لا يستنتج من ذلك أن نظام عقد كهذا يخضع فقط لقواعد عامة. فبإمكان الفريقين أن يحددا في التفصيل مفاعيل اتفاقيتهما. وهذه الطريقة متبناة أحياناً[1] حتى ولو لم تفرض على المتعاقدين؛ فاستخدامها يتيح إنتاج مفعول كامل لإرادتيهما عندما يكون العقد غير المسمى معترفاً به، فلا يعود إذ ذاك من الضروري اللجوء مثلاً إلى طريقة المماثلة لتحديد النظام القانوني للعقد[2]. غير أنه من الضروري أن يكون الفريقان قد عبّرا بوضوح عما التزما به، وإلاّ يخشى أن يدمر التفسير القضائي للاشتراطات العقدية التوازن الاتفاقي[3].

110 ـ تحديد النظام القانوني الخاص بالعقد غير المسمى باستخدام طريقة المماثلة.

لا يحدد المتعاقدون بصورة عامة النظام القانوني الذي يتوخون إخضاع عقدهم له. والنزاع المحتمل الذي يواجهونه لا يمكن بالتالي حله دائماً بشكل سلبي. وهكذا يسوّغ اللجوء إلى طريقة المماثلة التي «ترضي حاجة الأمن القانوني بإتاحة امتداد القواعد المبينة التي تخضع لها العقود غير المسماة إلى تجديدات الممارسة»[4]. وليس القانون العام (droit commun) للعقود هو الواجب التطبيق عن طريقة المماثلة، طالما أن هذا القانون منذور دائماً ليسوس أي اتفاق إرادتين، وإنما القواعد الخاصة التي تسوس عقداً قريباً يمثل الصلة الأشد بالعقد غير المسمى.

وهذه الملاحظة، من وجهة نظر نظرية، تقود إلى الاعتراف بأنه من الدقيق عملياً التفريق بين توسيع فئة الإسناد الذي يترجم بتقليص عناصر الوصف إلى قاسم مشترك والتطبيق الدقيق لطريقة المماثلة التي تفترض الحفاظ على ذاتية أكيدة للعقد المنعوت سابقاً بغير المسمى.

وتفرق السيدة Grillet-Ponton في فئة العقود غير المسماة بين العقود «النموذجية» والعقود «غير النموذجية» تبعاً لارتباطها بفئة خاصة بالوصاية أم لا[5]. والاستدلال التماثلي ليس مع ذلك محدوداً بفئة واحدة عن الفئات الفرعية التي تبنتها: «التصنيف المبني على «النمذجة» غير المتساوية للعقود غير المسماة له امتداده على صعيد التوسع التماثلي في فارق درجة أكثر من فارق طبيعة»[6]. غير أن المؤلف لاحظ في شأن «توسيع القواعد الخاصة بالقانون العام للعقود» إن طريقة المماثلة لا تبدو كثيرة الاستعمال من قبل الاجتهاد مما ينزع إلى البرهنة على عدم قابلية تطبيقها. بيد أن المؤلف ليس في صف هذه الخلاصة ويفسر هذا

(1) J.PAILLUSSEAU, Les contrats d'affaires، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، I، 3275، رقم 33؛ Le droit contemporain des contrats، منشورات Economica، 1977، رقم 33، صفحة 181 وصفحة 182.

(2) انظر الرقم 110 اللاحق.

(3) D. GRILLET - PONTON، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 341، صفحة 384.

(4) انظر الرقم 98 السابق.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 350، صفحة 396.

الرفض بحدود طريقة المماثلة. «امتداد المماثلة لا يمكن تطبيقه عندما لا يكون سبب التسويغ الذي ينعش القاعدة الشاذة المرتبطة بعقد غير مسمى كهذا، رغماً عن المماثلات المتحقق منها، موجوداً في اقتصاد العقد غير المسمى. وهذا الوضع ينتج بتواتر إلى حد ما»[1].

وطريقة المماثلة التي تتناول القواعد الخاصة قليلة الاستعمال ذلك بأنه يصعب توفيقها في الحقيقة مع ذاتية العقد غير المسمى، على الأقل في ما يتعلق بتطبيق بعض القواعد الخاصة التي ليس لها في النهاية موضوع سوى أن تسوس العقد الخاص. وتفضل المحاكم، بعد أن أعطت اسماً للعقد، تحديد طبيعة الموجبات التي يولّدها. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 كانون الأول 1988[2]، «بأن عقد التدريب (لجواد سباق) لا يحوي، عدا وجود شرط معاكس، سوى موجب وسائل بالنسبة إلى أمن الحيوان».

---

(1) الأطروحة المذكورة آنفاً. رقم 389، صفحة 436 وصفحة 437.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 359، صفحة 243.

القسم الثاني

المنازعة القضائية في وصف العقد

111 ـ لا يتوقف وصف العقد من قبل القاضي على تنفيذه من قبل المدين. على أنه من الممكن أن يحدد باشتراطات تكميلية لاحقة لإبرام العقد، ويمكن أن يفسد تعديل الموضوع هذا الوصف.

112 ـ وصف العقد مستقل عن عدم تنفيذ موجب المدين.

يتوقف وصف العقد على طبيعة اتفاق الفريقين الذي يقدر في يوم تكوينه(1)، كصحته بقطع النظر عن تنفيذ العقد من قبل المدين. وهكذا جرى الحكم بأن عقد صناعة فندقية يضع مؤجر بمقتضاه غرفة بتصرف المستأجر لا يفقد هذا الوصف من مجرد تخلف المؤجر عن موجباته(2). وحكمت محكمة النقض بالطريقة عينها بأن كيفيات التنفيذ التي يقررها الناقل من جانب واحد، في شأن عقد نقل، سبق إبرامه على هذا النحو بين الفريقين، لا يمكن أن يكون مفعوله استبدال وصف عمولة نقل بوصف عقد النقل(3).

والطريقة التي طبقتها محكمة النقض في مادة الوصف ليست سوى تطبيق المادة 1134، الفقرة من 2 والفقرة 3، من القانون المدني التي بمقتضاها لا يمكن الرجوع عن الاتفاقيات إلاّ برضا الفريقين المتبادل ويجب أن تنفذ بحسن نية. ويغدو هذا النص حبراً على ورق إذا تم قبول أن المتعاقد بإمكانه من جانب واحد تعديل وصف العقد، أي ما كان يريده الفريقان أو ما تعاقدا عليه فعلياً، إمّا برفض القيام بموجباته، وإمّا بتبني كيفيات تنفيذ غير متوافقة مع العقد المبرم في الأساس. ويقتضي تقدير وصف العقد في آونة تكوينه لأنه إحدى بيانات قوته الملزمة وهو يحمي أحد المتعاقدين ضد تعسف الآخر، بالاستقلال عن المسؤوليات

---

(1) استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 11 نيسان 1991، (النشرة المدنية، V، رقم 184، صفحة 114) بأن «شرط الرجوع عن العقد (عقد العمل) لمدة محددة يقدر في تاريخ إبرام العقد». وتقدير وصف العقد لمدة محددة يجب أن يتم في هذه الآونة.

(2) النقض الاجتماعي في 27 كانون الثاني 1950، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 66.

(3) النقض التجاري في 13 شباط 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 51.

المتوجبة. وذلك هو السبب الذي من أجله لا يتوقف الوصف الخاص للإيجار على الاستعمال الذي باشره المستأجر في المال المؤجر، وإنما على نية الفريقين المشتركة[1] المقدرة عند إبرام العقد.

وبالطريقة عينها يحمي الأشخلص الثالثين رفض الأخذ في الاعتبار عدم تنفيذ المدين موجباته بحجة وصف العقد. وليس في وسع أحد المتعاقدين الاحتماء وراء وصف عدله من جانب واحد، بفعل عدم تنفيذه، لكي يفرض وضعاً قانونياً آخر على شخص ثالث في العقد أو لكي يتملص من مسؤوليته المحتملة تجاه هذا الأخير.

وبالمقابل لا يتعارض أي نص قانوني مع أن يحدد الفريقان معاً وصف عقدهما بتبني اشتراطات لاحقة.

113 ـ تأثير الاشتراطات اللاحقة في وصف العقد.

لا يتعلق الأمر هنا بأوصاف متتالية، وإنما بوصف وحيد قابل للتحديد عن طريق اشتراطات مختلفة تتم في أوقات مختلفة. وهكذا يكون الوصف المعتمد موحداً بالضرورة، على اعتبار أن عامل الوقت مستبعد. وليس ذلك في النهاية سوى إظهار اللاانقسامية[2]. أضف إلى ذلك أن محكمة النقض أخذت بأن وصف العقد يمكن أن ينجم عن المقارنة بين عقود متميزة غير متلازمة[3]. وبشكل واضح بينت، في 12 تشرين الأول 1993[4]، أنه «إذا كانت شروط صحة شركة يجب تقديرها عند تكوينها، فإن في وسع القاضي، لوصف العلاقات العقدية بين الفرقاء، أن يعتمد على عناصر لاحقة لبدء تعهداتهم». وهذه القاعدة ينبغي أن تمتد إلى العقود كافةً.

والمقصود أخيراً البحث عما أراد الفريقان فعله في الحقيقة، بدون الارتباط بمعيار زمني صرف وبالتالي كيفي. ولا يبدو أن الانتظام العام للحماية يمكن أن يكون عائقاً أمام التأثير الحاسم للاشتراطات اللاحقة ما عدا إرادة أحد الفريقين المتعمدة في تزوير حقوق شريكه في التعاقد.

ومع ذلك تطرح مسألة معرفة ما إذا كانت هذه الاشتراطات قابلة لأن تفسد الوصف الأولي للعقد.

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1976، النشرة المدنية، III، رقم 255، صفحة 196.

(2) انظر الرقم 93 السابق.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 21 شباط 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 141، في صدد إيجار لمدة سنة قابل للتجديد، وقد تبعه عقد آخر متعلق بإيجار أثاث متروك في الجناح. وقد ردت محكمة النقض الطعن بحجة «أن قضاة الأساس، باستخدام سلطتهم السيدة في تفسير الاتفاقيات المعقودة بين الفريقين، تمكنوا من التقدير أن عقد إيجار الأثاث يبدو مرتبطاً بالإيجار ويشكل معه كلاً غير قابل للانفسام يعبّر بدون أدنى شك عن نية الفريقين المشتركة في أن يبرما، في عقدين منفصلين، وذلك غير محظر، اتفاقاً إجمالياً يتناول في النهاية إيجاراً حقيقياً مؤثثاً». وهكذا ليس في وسع المستأجر الاستفادة من حق البقاء في الأماكن الذي أنشأه قانون أول أيلول 1948.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 330، صفحة 237.

114 ـ يمكن أن يفسد تعديل موضوع العقد بإرادة الفريقين المشتركة لاحقاً لإبرامه وصف هذا العقد بدون تحقيق استبدال بشكل آلي.

ليس للتعديل البسيط للموضوع بالضرورة مفعول تحديد طبيعة العقد أو استبدال الموجب المعقود سابقاً[1]. يمكن عند ذلك أن تكون هناك سلسلة أوصاف متتالية بإرادة الفريقين بدون انطفاء الرباط القانوني الأولي، وبالتالي استمرار هذا الرباط. وفي ذلك تعديل للموجب وحسب. واستهلاكية المواضيع، في عرف السيدGhozi، هي التي تتيح تقنية التعديل، وإنما بدون أن يكون بإمكان وجود الأوصاف المتتالية الممكنة أن تسوّغ وحدها استبدالاً أو تبايناً متبادلاً يتبعه إنشاء موجب جديد متميز كلياً[2].

وفائدة هذا التحليل بيان أن وصف العقد ليس معيار الاستبدال[3].

115 ـ القاضي هو صاحب الصلاحية في وصف العقد.

تحديد الفئة القانونية التي يعود لها العقد تفسح في المجال للنزاعات، إمّا بين المتعاقدين الذين وصفوا عقدهم هم أنفسهم، وإمّا بين المتعاقدين والأشخاص الثالثين، عندما لا يكون الوصف متوافقاً مع الحقيقة. وهذه النزاعات يحلها الفريقان بدون مراعاة الإرادة المعبر عنها، بشكل واضح إلى حد ما. ومن المقبول بالفعل أن ما يفعله الفريقان له أهمية أكثر مما يقولان[4]. والسلطة القضائية هي المزودة بالدرجة الأخيرة بسلطة وصف الاتفاقيات[5].

وكان Josserand قد شدد، في عام 1928، على أنه «لا يمكن أن يتوقف على الاتفاقيات تغيير طبيعة العقد وإفساد الفردانية بأن ينسب إليها اسم لا يناسبها مطلقاً؛ والغلط في الصيقة، عن وعي أو لا إرادياً، لا يغير محتوى القمقم»[6]. وبتعبير آخر لا يتملص الانتقال من الواقع إلى القانون من سيطرة الإرادة. وقد جرى التأكيد، بهذا المعنى، أن الوصف هو من الانتظام العام[7].

وأخذ Motulsky، وهو يحلل دور كل من القاضي والفريقين، بأنه «ليست القاعدة القانونية المثارة ولا الوصف المستخدم جزءاً من سبب الادعاء»[8] الذي ينبغي أن يعرّف بأنه

---

(1) A.GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties، أطروحة في باريس، L.G.D.J.، 1980، مقدمة D.TALON، رقم 36 وما يليه، صفحة 19 وما يليها.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 76 وما يليه، صفحة 37 وما يليها.

(3) انظر استرداد الموجب.

(4) Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 198 ورقم 220، تعليق 27 ورقم 654.

(5) تصف الإدارة من جديد أحياناً العقد لغاية ضريبية بحت. وفي حال اعتراض المكلف تكون السلطات القضائية دائماً هي المزودة بسلطة مراقبة الوصف الصحيح للعقد المنازع فيه.

(6) Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé، طبعة جديدة للمركز الوطني للبحث العلمي C.N.R.S.، 1984، رقم 320، صفحة 400.

(7) JOSSERAND, Les mobiles...، رقم 322، صفحة 401.

(8) H.MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge، Dalloz 1964، =

«الظروف الواقعية المثارة من أجل تبيان القانون الذاتي الذي يترجم بمقتضاه الادعاء المرفوع إلى القاضي»[1]. واستنتج من ذلك أن الوصف القانوني لا يشكل، من حيث المبدأ، جزءاً من سبب الادعاء وهو بمنجى من إرادة المتقاضين. والطابع غير الآمر لمعيار ما ليس من شأنه تحديد سلطة القاضي لأن عليه واجب تطبيق القانون[2]. ويضيف المؤلف، في الذهنية عينها «لا يُعقل» إذا جرى، لسوء الحظ، تقديم قاعدة أو وصف ما، أن يجد القاضي نفسَه مكبلاً بهذا الاقتراح، وأن يخسر الفريق الذي أخطأ مستشاره، في عرف القاضي، في التقرير القانوني للوضع دعواه، في حين أنه كان يكفي، بدون المساس بالبناء الواقعي المكوّن من ذرائع الفريقين، وضع الوصف أو استبدال قاعدة قانونية بالقاعدة المثارة لكي يربح هذا الفريق نفسه قضيته...»[3]. ويرى المؤلف في المادة 12 من مرسوم 9 أيلول 1971 تكريساً لفرضيته[4]، إلاّ أنه يطرح على نفسه المسألة في ما يتعلق بموجب القاضي تجاه النص الذي أبطله مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)[5] والذي كان يتضمن أن القاضي «بإمكانه أن يثير عفواً أسباب التسويغ القانونية البحت أياً كان الأساس القانوني الذي يستند إليه الفريقان». وهكذا كان هناك تعارض بين واجب القاضي، كما كان وارادٌ في الأحكام التمهيدية، وسلطة القاضي العادية، «وإذا ما غلّبنا تعبير «يجب عليه» على «بإمكانه» فإن القاضي ملزم، تحت طائلة النقض، بأن يقوم «بالدورة الكاملة» للمسائل القانونية، وتفحصها ضروري، للحل الصحيح للدعوى؛ وهو حر، في الحالة المعاكسة، في أن يهمل بعض المظاهر»[6]. وقد غلّب Motulsky «يجب عليه»على «بإمكانه»[7].

وقد شرح السيد Bolard، في مقالة بعنوان «Henri Motulsky et les principes de procédure civile» بأن التفريق الذي اقترحه Motulsky بين الوقائع المثارة صراحة من قبل الفريقين و «الوقائع الطارئة» يجب أن يتيح تحديد وظيفة القاضي بدقة أكبر، فيكون القاضي ملزماً بأن يأخذ في الحسبان الوقائع الأولى، وعليه إذاً أن يصحح تلقائياً الوصف المغلوط

= العرض XXXIV، صفحة 235 وما يليها، ورقم 9، صفحة 237 ـ Prolégomènes pour un futur Code de procédure civile: La consécration des principes directeurs du procès civil par la décret du 9 septembre 1972 Dalloz، العرض XVII، صفحة 91 وما يليها، ورقم 32، صفحة 98.

(1) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 4، صفحة 236.

(2) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 24 وما يليه، صفحة 243.

(3) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 35، صفحة 99.

(4) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 44، صفحة 101.

(5) مجلس الدولة، 12 تشرين الأول 1979، Rassemblement des nouveaux avocats de France، صفحة 606، تعليق BÉNABENT مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، II، 19288، طلبات FRANCK، وتعليق J.BORÉ؛ مجلة قصر العدل، 1980، 1، 6، تعليق JULIEN. وكذلك: P.DELVOLVÉ, Le nouveau code de procédure civile devant le Conseil d'Etat.، العرض XLVI، صفحة 280 وصفحة 281.

(6) H.MOTULSKY, Prolégomènes...، رقم 45، صفحة 102.

(7) المرجع عينه والاستشهاد ذاته.

الذي اقترحه الفريقان. وبالمقابل لن يكون ملزماً بهذا الموجب تجاه الوقائع الطارئة» أي الوقائع موضوع المناقشة التي لا يكون انتباه القاضي موجهاً إليها بصورة خاصة أو التي لا تشكل موضوع استنتاج قانوني اقترحه الفريقان صراحة، والمادة 7 من مدوّنة قانون الإجراء المدني تسوّغ هذا الفارق.

وبالتالي فإن إمكانية الفريقين في تقييد القاضي باتفاق صريح، بالنسبة إلى الأوصاف والنقاط القانونية التي يتوخيان تحديد النقاش فيها، تتمثل كدفع. وهذه الإمكانية تتيح إخضاع عنصر قانوني محتفظ به اعتيادياً للقاضي لشرط متعلق بالدعوى لعنصر واقعي. وهذا العنصر يدخل إذاً في مجال مبدأ التصرف بالدعوى وبمقتضاه يكون الفرقاء أسياد المادة النزاعية[1]، مما يحدد البت القانوني بالنزاع الذي ينبغي أن يكون أمام القاضي. ويتعلق الأمر هنا بتحديد مادة المنازعة القضائية المتروكة استثنائياً لاستنساب الفرقاء.

ويتوخى منطق هذا التحليل أن لا يتم اللجوء إلى اتفاق صريح للفرقاء إلاّ عندما يضع القاضي يده على النزاع، ذلك بأن مادة انتزاع لا تحدد إلاّ انطلاقاً من هذه الآونة. على أن Motulsky يقبل أن يكون بإمكان الفريقين تقييد القاضي بوصف متفق عليه عند إبرام العقد شرط أن لا يصطدم بالانتظام العام[2]، وهذه الآراء، مع أنها كانت مصدر إيحاء لواضعي مدوّنة الإجراء المدني الجديدة، لم تأخذ بها محكمة النقض وتكرسها إلاّ جزئياً رغماً عن التقنين الصلب.

إن المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة تعتمد المبدأ الطارىء الذي بمقتضاه: «يبت القاضي بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة عليه». وتبين الفقرة الثانية من هذا النص أن «عليه إعطاء الوصف الصحيح للوقائع والأعمال المنازع فيها أو تصويبها بدون التوقف عند التسمية التي يمكن أن يكون الفريقان قد اقترحاها».

وتتضمن الفقرة الثالثة استثناء، وتتيح للفريقين، في بعض الحالات، تقييد القاضي بوصف ما. «بيد أن القاضي ليس في وسعه تغيير التسمية أو الأساس القانوني عندما يقيده الفريقان، بمقتضى اتفاق صريح وبالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها، بأوصاف ونقاط قانونية توخيا تحديد النقاش بها».

وسوف نتفحص وصف العقد تجاه السلطات التي يمتلكها القضاة العدليون، مع التفريق بين الصلاحية المبدئية (الفقرة 2) والصلاحية المقيدة (الفقرة 3) التي تبقى الاستثناء.

---

(1) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 5، صفحة 236.

(2) H.MOTULSKY, La cause...، رقم 11، صفحة 238.

الفقرة 1 ـ صلاحية القاضي المبدئية

116 ـ وصف العقد يعود لوظيفة القاضي (المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة، الفقرة 1 والفقرة 2). ويقتضي تحديد طبيعة وظيفة القاضي قبل دراسة وصف العقد من قبل محكمة النقض.

I ـ طبيعة وظيفة القاضي

117 ـ للمحاكم سلطة إعطاء الوصف أو تقويم الوصف غير الصحيح للعقد، شرط احترام المبادىء الأساسية للإجراء المدني.

أ ـ سلطة الوصف أو إعادة الوصف (أو الوصف من جديد)

118 ـ زودت محكمة النقض المحاكم دائماً بسلطة وصف عمل قانوني أو إعادة وصفه بالاستقلال عن الاسم الذي أعطاه الفريقان إياه؛ أنها تسهر على أن لا تتخلى محاكم الأساس عن هذه السلطة لأنها ترتكب إذاك تجاوزاً سلبياً لحد السلطة. غير أن محكمة النقض لم تنصب هذه السلطة كواجب عندما يتعلق الأمر بإعادة الوصف، على عكس الرأي الذي دافع عنه Motulsky، وكذلك النص الحرفي للمادة 12، الفقرة 2، من مدوّنة الإجراء المدني الجديد، إلاّ أن تكون قاعدة من الانتظام العام من منذورة لتنظيم العقد.

1) المحاكم مزودة بسلطة الوصف وإعادة الوصف التي لا يسعها التخلي عنها.

119 ـ وصف العقد مستقل عن الاسم الذي أعطاه الفريقان إياه والذي لا يقيد القاضي.

إن الوصف بصورة عامة ووصف العقد بشكل خاص مبدآن ثابتان ويعودان لوظيفة القاضي، وقد اعترفت محكمة النقض للمحاكم بسلطة وصف توافق إرادتين[1]، أو إعادة وصف اتفاقية سماها الفريقان خطأ. ينتج ذلك أن مجرد تسمية العقد لا يشكل عائقاً أمام القاضي الذي يبقى، من حيث المبدأ، سيد القانون[2].

وينبغي عدم الخلط بين الوصف الصحيح للعقد والصورية.

فالصورية ترتكز على إنشاء ظاهر كاذب لإخفاء الحقيقة[3]. وخاصيتها الرئيسية أن تكون

---

(1) انظر النقض الاجتماعي في 31 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، V، رقم 624، صفحة 376، «محكمة الاستئناف التي يعود لها وصف العلاقات القانونية التي ربطت الفريقين».

(2) H.L.J.MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، الطبعة الثامنة، مشورات Montchrestien، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 355، صفحة 323.

(3) انظر الرقم 504 اللاحق وما يليه ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil، الجزء VI، L.G.D.J.، 1982، تأليف P.ESMEIN، رقم 333 وما يليه، صفحة 428 وما يليها ـ L. JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du drdt privé، إعادة طبع من قبل المركز الوطني للبحث العلمي، 1984، رقم 102 وما يليه، صفحة 240 وما يليها. انظر الرقم 504 اللاحق وما يليه.

إرادية، فالمتعاقدان يخفيان بتبصر عن الأشخاص الثالثين طبيعة الاتفاقية الحقيقية التي عقداها. هناك إذاً عقد ظاهري وعقد مستتر، إلاّ أنه ليس ثمة أي شك، في ذهن الفريقين، في الوصف الحقيقي للعقد الصوري. فالعقد الشكلي يتضمن بيعاً، بيد أن الفريقين اتفقا سراً على عدم دفع الثمن. فالعمل الظاهري هو بيع، غير أن العمل المعقود حقيقة هو هبة. ويغدو وصف العقد موضوع دعوى إعلان الصورية. وهذه الدعوى تتيح للأشخاص الثالثين التمسك بأن العمل المستتر هو الحقيقة[1].

ولوصف العقد مجال مختلف؛ أنه مستقل عن الصورية. فليس هناك سوى عمل واحد، غير أن الفريقين اتفقا على طبيعته. فيدعي، مثلاً، أحد الفريقين بأن العمل كفالة في حين أن الآخر يتمسك بأن المقصود ضمان لدى أول طلب. فالصورية، كما نرى، أجنبية عن وصف العقد.

وقد أكدت محكمة النقض غير مرة أن قضاة الأساس ليسوا مقيدين بالوصف القانوني الذي أعطاه الفريقان للاتفاقية[2]. وذلك يعني أنهم يملكون سلطة الوصف، وفقاً للمادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة[3].

---

(1) انظر حول تأثير الصورية في القانون الضريبي، B.NAVATTE, La fraude et l'habileté permise en droit fiscal، Dalloz 1951، العرض XX، صفحة 87 وما يليها، ولا سيما صفحة 90 في ما عنى استقلالية الوصف في القانون الضريبي.

(2) النقض الاجتماعي في 19 كانون الأول 1952، D. 1953، صفحة 333، تعليق R.SAVATIER ـ النقض الاجتماعي في 30 أيار 1960، النشرة المدنية، IV، رقم 521، صفحة 442 ـ النشرة المدنية IV، رقم 571، صفحة 442 ـ الغرفة المدنية الثالثة، 5 نيسان 1968، النشرة المدنية، III، رقم 462، صفحة 128 ـ 21 تشرين الثاني 1969، النشرة المدنية، رقم 744، صفحة 564 ـ 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم 436، صفحة 317؛ Dalloz 1973، صفحة 143 من الموجز؛ المجلة الفصلية للقانون المدني. 1974، صفحة 145 ـ الغرفة المدنية الأولى، 20 أيار 1981، فهرس Defrénois، 1982، البند 32863، صفحة 490، تعليق C.Rondeau - Rivier ـ النقض الاجتماعي 14 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، V، رقم 428، صفحة 319، وصف عقد عمل في حين أن الفريقين وصفاه كعقد شركة محاصّة ـ النقض التجاري في 14 أيار 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130، إعادة الوصف الحقيقي من قبل قضاة الأساس لعقد يشكل وعداً بالبيع ملزماً للطرفين، وليس وعداً أحادي الجانب بالبيع ـ النقض التجاري، 21 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 281، صفحة 210، انظر أيضاً بالنسبة إلى اشتراط تضامن غير موضوف على هذا النحو من قبل الفريقين، الغرفة المدنية الأولى، 3 كانون الأول 1974، النشرة المدنية، I، رقم 322، صفحة 277 ـ الغرفة المدنية الثالثة، 18 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 8، إعادة وصف اشتراط تعويض إشغال يجعله بنداً جزائياً. النقض التجاري في 6 حزيران 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 165، صفحة 114 ـ النقض الاجتماعي في 17 نيسان 1991، النشرة المدنية، V، رقم 200، صفحة 122، «وجود علاقة عمل أجير لا يتوقف على الإرادة التي عبّر عنها الفريقان ولا على التسمية التي أعطياها للاتفاقية» ـ النقض التجاري في 29 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 247، صفحة 171، «تشكل العقود المنازع فيها، رغماً عن تسميتها، في الحقيقة عقود تموين حصري».

(3) انظر بالنسبة إلى حكم أيدته محكمة النقض استناداً إلى هذا النص وأعاد وصف صفة أحد الفريقين الذي ادعى أنه كفيل، واعتبرته شريكاً في القرض، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 حزيران 1982، النشرة المدنية، I، رقم 233، صفحة 199، إذ يتراءى خلف وصف صفة أحد الفريقين بالطبع وصف العقد. إن أحد الفريقين شريك في القرض لأنه أبرم عقد قرض.

ويستدعي الاعتراف بسلطة كهذه سؤالاً. أليس الوصف، أو بصورة أهم إعادة وصف العقد، تابعاً لعدم دقة العقد؟ وبتعبير آخر ألا يشكل منع المحاكم تشويه التعابير الواضحة والدقيقة للعقد حدود سلطة إعادة الوصف؟[1].

والتشويه هو تجاوز لحد السلطة، إذ يقوم القاضي بتفسير العقد في حين أنه لا يملك هذه السلطة بسبب دقة العقد ووضوحه[2]. فاعلان الإرادة يتفوق على نية الفريقين الحقيقية أو المفترضة. هذه هي سيماء مفهوم التشويه في خطوطه العريضة. والقاضي، أخذاً بهذا التحليل، عندما يعلن الفريقان صراحة أنهما أبرما كفالة مثلاً، ملزم بتبني هذا الوصف. ذلك بأن القاضي، إذا أغفل الفريقان تحديد طبيعة اتفاقهما، بإمكانه، تبعاً لادعاءات الفريقين، وصف العقد المنازع فيه أو إعادة وصفه.

وقد تملصت محكمة النقض في أول الأمر من هذا النقاش بحكمها أن الظروف الواقعية الخارجية عن العقد والمأخوذة كوثيقة تجعل العقد ملتبساً بالضرورة[3]. كانت هذه الأحكام مبنية على الإخفاء أو الظاهر الخادع. وما دام أن العقد غير متوافق مع الحقيقة فإن ذلك يتيح لقضاة الأساس صرف النظر عن المستند الحظي ومناقضته. ولا يمكن أن ينشأ أي نزاع بين سلطة الوصف وتحظير تشويه العقود الواضحة والدقيقة. بيد أن محكمة النقض، على الأرجح لأنه ظهر من الصنعي التقدير أن إعلان الإرادة يمكن أن يجعله ملتبساً وجود اعتبارات واقعية محض، أجنبية عن العقد، حاوية إعلان إرادة واضح ودقيق ولا يشملها عقد معادل آخر، قبلت أنه ليست هناك بالضرورة علاقة متبادلة بين نظرية التشويه وسلطة إعادة الوصف.

وقد طرحت محكمة النقض المسألة مباشرة في 2 آذار 1983[4] بهذه العبارات: «سلطة القاضي في رقابة الوصف لا يمكن أن تتعدىٰ الإرادة الصريحة، والواضحة والدقيقة، التي عبّر عنها الفريقان في المواد التي ليست من الانتظام العام». كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كانت إحدى الاتفاقيات المسماة «رابطة تسوسها قواعد القانون العام (droit commun)»، يمكن إعادة وضعها كعقد شركة رغماً عن التعابير التي استخدمها الفريقان. لقد استبعدت الغرفة التجارية في محكمة النقض المطعن بحجة أن قضاة الأساس بينوا أن العقد المنازع فيه أبرم من أجل استثمار منجم وأن نية المشاركة نجمت عن العقد نفسه، وأكثر من ذلك عن مسلك الفرقاء قبل العقد وبعده، وأن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحققات، أعادت

---

(1) انظر حول التشويه J.BORÉ, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 2306 وما يليه، صفحة 688 وما يليها. وكذلك: F.KERNALÉGUEN, L'extention du rôle des juges de cassation، أطروحة في رين، طبع على الآلة الكاتبة، 1979، رقم 181 وما يليه، صفحة 424 وما يليها. انظر الرقم 23 اللاحق وما يليه.

(2) انظر J.BORÉ، المرجع عينه، رقم 2339 ورقم 2340، صفحة 698 وصفحة 699.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 تموز 1968، النشرة المدنية، III، رقم 341، صفحة 263 ـ 21 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، III، رقم 744، صفحة 564.

(4) النقض التجاري في 2 آذار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 85، صفحة 76.

إلى اتفاقيات الفرقاء الوصف الحقيقي وتمكنت من التقرير أن العقد موضوع النزاع كان يشكل شركة.

إن محكمة النقض، بالحكم على هذا النحو، لم تجب مباشرة على المسألة التي طرحت عليها. إن أسباب التسويغ التي تبنتها تدعو بالتأكيد إلى التفكير في أنه ثمة التباس بين تسمية العقد وطبيعة الموجبات المضطلع بها، بيد أن المحكمة لم ترد وسيلة الدعم، كما كان من الممكن أن تقدم عليه، بالاحتماء وراء سلطة قضاة الأساس السيدة بإعلانها، حسب صيغة تقليدية، أنه ينتج عن المقاربة بين شروط العقد تباين خالٍ من أي تشويه. بل على العكس أيدت محكمة الاستئناف، بعد أن ذكّرت بصورة خاصة بالشروط المتفق عليها، بأنها أعادت إلى الاتفاقية طبيعتها القانونية الحقيقية.

ويبدو أن المسألة المثارة يجب أن تصاغ بتعابير أخرى على ضوء هذا الحكم. فللتشويه والوصف بالفعل مجالان متميزان، حتى ولو كانت توجد في الغالب منطقة تقاطع معينة. إن تشويه العقد يعاقب التنكر لإعلان الإرادة، وهو يمنع القضاة اللجوء إلى نية الفريقين لتقدير طبيعة العقد ومداه. ولا يسع القاضي، رغماً عن التعابير الواضحة والدقيقة للعقد، أن يبحث عن نية الفريقين الحقيقية. إن الاهتمام، في شأن وصف العقد، ليس هو عينه ذلك بأن الأمر لا يتعلق بتحديد ما أراده الفريقان وإنما ما فعلاه. وقد كانت لنا المناسبة للتشديد على أنه من المقبول أن ما فعله الفريقان أكثر أهمية مما يقولانه. والبحث الذي يقوم به القاضي لا يتناول الإرادة وأعمالها العديدة، وإنما يتناول فقط المعطيات الموضوعية. وعلى سبيل المثال يورد الفريقان أن العقد الذي أبرماه كان عقد رابطة، إنما يظهر لدى قراءة بعض الشروط أن المشاركة في الأرباح والخسائر عنصر موضوعي للاتفاقية وأن نية المشاركة نتجت عن مسلك الفريقين قبل العقد وبعده. وهذا العنصر موضوعي ويقتضي التشديد على ذلك. فهذا ما فعله الفريقان بالاستقلال عما أراداه. والمحكمة عندما تعلن في هذه الظروف أن هناك عقد شركة وليس عقد رابطة، لا تشوه الاتفاقية لأنها لم تقل إن الفريقين لم يشاءا إبرام عقد شركة، إنها لاتفسير الاتفاقية، إنها تلاحظ فقط أن وصف العقد لا يتوافق مع ما فعله الفريقان. وبهذا المعنى يمكن تفسير الحكم المستشهد به والصادر في 2 آذار 1982 وتسويغه. يضاف إلى ذلك أنه ضمن هذا الشرط لا يمكن أن يؤخذ على المحكمة تشويه العقد لأن القاضي، بكل بساطة، لم يمارس سلطته في التفسير.

ويبدو أن الاجتهاد الحديث يؤيد هذه الفكرة. ففي 21 نيسان 1988 ردت محكمة النقض[1] طعناً أبرز مطعناً على محكمة الاستئناف بأنها انتهكت المادة 1134 من القانون المدني بأخذها بوجود عقد عمل يربط الفريقين في أنهما وصفا اتفاقهما بعقد إدارة غير مأجورة.

---

(1) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 نيسان 1988، النشرة المدنية، V، رقم 244، صفحة 159 ـ قارن بحكم الغرفة الاجتماعية في 31 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، V، رقم 624، صفحة 376.

وقد تمسك طالب الطعن بأن المتعاقد، وفقاً للمادة 2 من الاتفاقية، كان مستقلاً في إدارته ضمن حدود الوكالة، وأن التعليمات التي أعطيت له كانت مبنية على الضرورة بالنسبة إلى الشركة في الاحتفاظ بزُبنها وبالقيام بواجب النصيحة تجاه موكليه. ينجم عن ذلك أن محكمة الاستئناف، بإعادة وصف العقد، تنكرت لمبدإ قوة العقد الملزمة.

غير أن الغرفة الاجتماعية لم تأخذ بهذه الفرضية بحجة «أن محكمة الاستئناف التي حللت العلاقات الواقعية القائمة بين شركة La Ruche الهاجرية والسيد Cecchin بينت أن التعليمات الخطية، المتواترة والدقيقة حول مجموعة نشاطات الفرع، كانت قد وجهتها الشركة إلى المدير وأن التقيد بهذه التوجيهات كان مراقباً محلياً غير مرة في الشهر، حتى في الأسبوع، عن طريق ممثل الشركة، وأنها تمكنت من التقدير أن العقد، مع أنه وصف بعقد إدارة غير مأجورة، يحوي رباط تبعية يجعل من السيد Cecchin أجير شركة La Ruche الهاجرية».

إن ما يهم في هذه الحالة هو العلاقات الواقعية الموجودة بين الفريقين. والوثيقة التي تثبت اتفاق الإرادتين لا تقيد القاضي رغماً عن التعابير التي استخدمها الفريقان. فما فعله الفريقان يهم إذاً أكثر مما يقولانه، وبإمكان القاضي شرعاً تجاهل المستند الخطي عندما يتثبت موضوعياً أن الوضع الواقعي المقبول من المتعاقدين لا يتوافق مع الوصف المعطى[1].

وينبغي أن لا يستنتج من ذلك أن القاضي، في مادة الوصف، ليس بإمكانه أبداً تشويه الوثيقة التي تثبت توافق الإرادتين. وتعاقب محكمة النقض تنكر قضاة الواقع للاشتراطات الواضحة والدقيقة التي لها تأثيرها في وصف العقد[2]. وعندما لا تتثبت المحاكم مما يفعله الفريقان، وإنما تفسر إرادتيهما لكي تستنتج الوصف الصحيح للعقد، تتعرض لنقض محكمة النقض إذا كان العقد واضحاً ودقيقاً في جميع بنوده. وبالعكس في وسع المحكمة، بدون أن تشوه العقد، عدم استنتاج النتائج القانونية لتثبتها وأن تتعرض للنقض هذه المرة لانتهاك القانون.

يبقى أن الحد بين الوصف والتشويه صعب الإحاطة به عملياً. إن تفحصا يقظاً لوقائع القضية يتيح وحده تحديد ما إذا كان القاضي قد اكتفى بالوصف أم لا أو إذا كان قد انساق إلى إغراء التشويه أم لا.

---

(1) قارن بالقاعدة التي بمقتضاها «يتحدد تطبيق اتفاقية جماعية بالنشاط الحقيقي للمقاولة وليس بالبيانات الموجودة في أنظمة الشخص المعنوي (أو الاعتباري) التي يرتبط بها» النقض الاجتماعي في 16 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، V، رقم 274، صفحة 186.

(2) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية في 22 شباط 1887، يوميات الكتابة العدل، 1887، البند 23884، صفحة 465؛ ولا سيما أنه حكم نموذجي إذ يتعلق بحكم نقض ـ النقض التجاري في 18 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 216، صفحة 188. انظر بالنسبة إلى تسويغ هذه الإمكانية في النقض، J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 1226 وما يليه، صفحة 414 وصفحة 415.

120 ـ الرفض المعلن للوصف أو إعادة الوصف يشكل تجاوزاً سلبياً لحد السلطة عندما يظن القاضي نفسه مقيداً بالاسم الذي أعطاه الفريقان لاتفاقيتهما.

تملك المحاكم سلطة لا يسعها، بهذه الصفة، التنازل عنها. فإذا اختارت ممارستها، طالما أن الأمر، كما رأينا، لا يتعلق دائماً بواجب[1]، فلا يمكنها أن تظن نفسها مقيدة بالوصف الشكلي الذي أعطاه الفريقان لتوافق إرادتيهما. وإذا لم تمارس هذه السلطة ترتكب تجاوزاً سلبياً لحد السلطة لأنها تضيّق هي نفسها مجال صلاحيتها، فتتنكر للامتيازات التي منحها إياها القانون.

وهذا ما ينجم عن تحليل اجتهاد محكمة النقض. وهكذا تعرّض حكم لمحكمة استئناف للنقض لأنها تبنت وصف تفرغ عن إيجار وليس عن إيجار من الباطن بذريعة وحيدة أن العقد وصفه الفريقان بنقل إيجار، وأن الشركاء في التعاقد، حسب شروطه، كان عليهم خلال مدته تسديد بدلات الإيجار مباشرة للشركة المالكة[2] إن ما عاقبته محكمة النقض هو تنكر قضاة الوقائع لسلطتهم كما تشهد على ذلك القاعدة المبينة عرضاً في شكل مبدإ، وبمقتضاها «قضاة الأساس غير مقيدين بالوصف الذي أعطاه الفريقان للعقد».

كما صدر حكم منطقي أكثر عن الغرفة المدنية الثالثة في 30 أيار 1969[3]. فقد حكمت إحدى محاكم الاستئناف بأن اتفاقية منازعاً فيها كانت تتحلل كوعد بالإيجار يساوي إيجاراً، مسمى هكذا في جميع بنود الاتفاقية التي تحدد الموضوع وكذلك مبلغ بدل إيجار قطع الأرض المعدة للاستثمار. وبعد أن أوردت أنه «رغماً عن عمومية المادة 1713 من القانون المدني، هناك أموال غير قابلة لأن تكون موضوع عقد إيجار، ولا سيما عندما يكون من المستحيل التمتع بالشيء المؤجر بدون استهلاك ماهيته» نقضت هذا الحكم المحال إلى رقابتها بحجة أنه «يعود لقضاة الأساس، من جهة أولى، رغماً عن التعابير التي استخدمها الفريقان، إعادة المعنى الحقيقي للاتفاقية وتحديد طابعها القانوني، وأن الحكم، من جهة ثانية، لم يستخرج النتائج القانونية التي يحويها العقد المنازع فيه الذي يشكل بيع معدات معدة لاستخراجها ومنظور إليها في حالتها المستقبلية كمنقولات، كمنقولات بالتخصيص، وذلك مقابل عائدة تحسب وفق كمية المنتوجات المستخرجة»[4]. ويظهر من قراءة أسباب التسويغ هذه أن محكمة النقض تفرق بين تنكر قضاة الأساس لسلطتهم في الوصف والوصف بحصر المعنى. وتقود بنية أسباب التسويغ هذه إلى هذه الخلاصة وحدها. وقد ظنت محكمة

---

(1) انظر الرقمين 121 و 122 اللاحقين.

(2) النقض الاجتماعي في 30 أيار 1960 المذكور سابقاً.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 437، صفحة 333.

(4) تعريف هذا العقد أكدته محكمة النقض، ولا سيما في حكمها بتاريخ 25 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، III، رقم 197، صفحة 151. «لا تشكل الاتفاقية التي تعطي أحد الفريقين حق استخراج مواد منجم والتصرف بها عقد إجارة ما دام أن المستأجر يستهلك مادة الشيء ذاتها، موضوع العقد، وإنما تشكل بيعاً للمواد والمنقولات بالمال.

الاستئناف أنها مقيدة بالوصف الذي اعتمده الفريقان، في حيث أنه كان بإمكانها إعادة وصف الاتفاقية، وأن طبيعة الموجبات الناشئة عن العقد، كما جرى التثبت منها، كانت تقود إلى وصف مختلف. فالنقض كان إذاً مسوّغاً من وجهتين.

وما يقتضي رؤيته جلياً هو أن محكمة النقض تعاقب المسلك بشكل أساسي. فقضاة الأساس لا يسعهم أبداً الاعتقاد أنهم مقيدون بالتسمية الشكلية التي أعطاها الفريقان لعقدهما ذلك بأن في إمكانهم إعادة الوصف الصحيح للعقد. غير أنه ينبغي أن لا يستنتج من ذلك تلقائياً أن على قضاة الأساس بالضرورة إعادة وصف اتفاق الإرادتين. وهاتان المسألتان متميزتان. وليس من الواجب استخدام السلطة المعطاة لسلطان ما، حتى ولو كان قضائياً، لأن هذه السلطات قد تم إعطائها. فالشيء الوحيد المحظور عليها هو التنكر لمدى هذه السلطات. فإساءة الاستعمال السلبي للسلطة هو المعاقب[1].

2) إعادة وصف العقد ليس واجباً على المحاكم ما عدا الاستثناء.

121 ـ ليست إعادة وصف العقد، من حيث المبدإ، واجباً تعاقبه محكمة النقض.

جرى الأخذ بأن القاضي ملزم باستخدام سلطته في الوصف، حتى عندما لا يقترح الفريقان، أو مستشاراهما، وصفاً أو يتمسكان بوصف غير صحيح، ذلك بأن الوصف يعود حصراً إلى وظيفة القاضي[2]، حتى ولو لم يكن الانتظام العام مقحماً في القضية. وصياغة المادة 12، الفقرة 2، من مدوّنة الأجراء المدني الجديدة تعزز بداهة هذا التحليل[3].

ولهذا الرأي نصيب من الحقيقة. فالقاضي ملزم بالفعل، في القانون الوضعي، بالمشاركة في الوصف الصحيح للعقد موضوع النزاع. وهذا ما رفضه الاجتهاد. وهكذا ليس بإمكان محكمة ما أن ترفض، بأي ذريعة، البت بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية المطبقة[4]. إنها

---

(1) انظر حول مفهوم «تجاوز حد السلطة» J.BORÉ, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 1910 وما يليه، صفحة 581 وصفحة 582.

(2) انظر الرقم 115 السابق.

(3) اقترح M.CROZE تفسيراً مختلفاً: «يمكن تفسير الفقرة الثانية من المادة 12 من مدوّنة قانون الإجراء الجديدة بشكل معقول أكثر بكثير كما تذكّر بذلك القاعدة التي بمقتضاها لا يمكن لإرادة الفريقين أن تعدل اتجاه طراز الحكم الذي يستخدمه القاضي، وبصورة خاصة المبدأ الذي استناداً إليه ليس مقيداً بالأوصاف التي استخدمها الفريقان لتسمية اتفاقياتهما. وهذا لا يعني أن على القاضي أن يستعرض جميع الأوصاف القابلة للتطبيق على وقائع الحالة لأن ذلك يعني بصورة غير مباشرة إلزامه بأن يثير تلقائياً جميع أسباب التسويغ القانونية الصرف. ومن الممكن، في احتمال كهذا، أن يطرح، من حيث المبدأ، أن للقاضي السلطة وحسب ـ وليس عليه الواجب ـ في إدخال عناصر قانونية جديدة في النقاش، تسمى «أسباب تسويغ قانونية صرف» أو «أوصافاً جديدة» قليلة الأهمية، في حين أن عليه موجب رفض إعمال معيار افتراضه المسبق غير المحقق فعلياً، وموجبه، في معنى ما، هو «الوصف»!. فيكون الوصف إلزامياً إلى حد ما وإنما إعادة الوصف اختيارية» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 501، صفحة 518، وصفحة 519).

(4) النقض التجاري في 15 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 294، صفحة 204، نقض بحجة أن قضاة الواقع ردوا الادعاء بذريعة أن المدعي لم يحدد النص الذي يستند إليه ـ الغرفة المدنية الثانية في محكمة =

ملزمة بأن تصف. غير أنها غير مجبرة بأن تلجأ تلقائياً إلى إعادة الوصف.

ويتيح حكم صدر عن الغرفة المدنية الثانية في 14 شباط 1985[1]، مقروء بالاستدلال بالضد، إبطال هذا الاقتراح الأخير احتمالياً.

ويشكل أحد أسباب التسويغ مطعناً في الحكم المطعون فيه كونه انتهك المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة إذا لم يتحقق تلقائياً مما إذا كان الإيجار المنازع فيه يعود إلى قانون أول أيلول 1948. وقد جرى رد هذا المطعن بحجة أن محكمة الاستئناف «لم يكن عليها موجب إثارة سبب تسويغ لم يكن، إذ يفرض تقدير الظروف الواقعية، قانونياً صرفاً». وقد جرى اعتبار هذا الحكم أنه يضع على القاضي موجب إثارة سبب تسويغ قانوني صرف[2]. وعليه لم يكن ثمة مجال لتفريق أسباب التسويغ القانونية الصرف عن أسباب التسويغ من الانتظام العام. غير أنه من غير الأكيد أن ذلك هو اتجاه الحكم، ذلك بأن القانون الذي يطالب بالاستفادة منه هو، في الحالة الراهنة، من الانتظام العام[3]. لا يمكن إذاً تفسير هذا الحكم بأنه يفرض على قضاة الأساس أن يثيروا تلقائياً أسباب التسويغ القانونية الصرف جميعاً أياً كانت طبيعتها. وإذا لم يكونوا ملزمين، في الحالة المعروضة، بأن يتحققوا من طبيعة الإيجار، فذلك لأن المادة 7 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة تحظر عليهم الأخذ بالوقائع غير الداخلة في النقاش. وبتعبير آخر لا يفرض أي نص قانوني على القاضي أن يؤثر في مقاصد النزاع[4]. وهكذا يبقى القاضي حراً في الأمر بتدابير تحقيق أو رفض ذلك[5]، ما عدا بيان أنه يحظر على القاضي، عندما يكون لتدبير كهذا مفعول تلافي عجز أحد الفريقين في تقديم البيّنة، اللجوء إلى تدبير تحقيق[6]. والإمكانية المتروكة إلى القاضي، بالطريقة

---

* النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، II، رقم 10، صفحة 7 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 324، صفحة 277.

(1) النشرة المدنية، II، رقم 38، صفحة 27؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، II، 21030، تعليق J.HÉRO، وكذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، III، رقم 436، صفحة 317، Dalloz 1973، الصفحة 143 من الموجز؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 145. يفسر واجب الوصف بإرادة المتعاقدين في إفشال حق شخص ثالث في الشفعة.

(2) J.HÉRON، التعليق المذكور سابقاً.

(3) المادة 87 من قانون أول أيلول 1948، المستند إليها صراحة في سبب التسويغ.

(4) لوحظ بالفعل أنه: «إذا كان بإمكان القاضي أن يبيّن عفواً أسباب تسويغ من الانتظام العام، فإن طابع الانتظام العام للمصالح المقحمة لا تجيز له تعديل موضوع الادعاء أو سببه» (J.VINCENT et S. GUINCHARD، Procédure civile، الطبعة 22، Dalloz، 1991، رقم 407، صفحة 326)، إضافة إلى Fr.TERRÉ، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 668، صفحة 534، الذي يقدر أن القاضي، أمام الانتظام العام، لا يستطيع التصدي لوقائع أخرى غير التي يتمسك بها المتقاضيان.

(5) النقض الاجتماعي في 15 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، V، رقم 876.

(6) المادة 146، الفقرة 2، من مدوّنة الإجراء المدني. انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي في 21 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 383، صفحة 293. الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تموز 1985، النشرة المدنية، I، رقم 216، صفحة 195.

عينها، في دعوة الفريقين إلى تقديم التفسيرات الواقعية التي يقدر أنها ضرورية لحل النزاع (المادة 8 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة)، متروكة لسلطته الاستنسابية[1].

وصدر هذه المرة حكم آخر أحدث عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بتاريخ 28 حزيران 1988[2] يبدو أنه لم يأخذ بأن يكون القاضي ملزماً بأن يعدل تلقائياً أساس الإدعاء. فقد ادعى وكيل عقاري توسط في المفاوضة في إيجار مطالباً بدفع عمولة، واستطراداً بالعطل والضرر، من زبونة. وقد جرى رد ادعائه. فقدم أمام محكمة النقض مطعناً بحق قاضي الاستئناف بأنه لم يقم بإعادة وصف ادعائه على أساس الفضول وأنه، بنتيجة ذلك، انتهك المادة 12، الفقرة 2، من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة. فردت محكمة النقض سبب التسويغ بحجة أن الوكيل العقاري «لم يقدم إلى قضاة الأساس عناصر واقعية من شأنها إتاحة وصف الفضول، وأن محكمة الاستئناف لم يكن في وسعها أن تعدل تلقائياً الأساس القانوني لادعائه». وإذا ما فسرنا هذا الحكم عن طريق الاستدلال بالضد ينبغي عند ذلك الاستنتاج أن القاضي بإمكانه تعديل الأساس القانوني للادعاء تلقائياً إذ كانت وقائع القضية تسمح بذلك. ومن غير المرجح أن تكون محكمة النقض قد توخت أن تفرض على القاضي موجب إعادة الوصف تلقائياً. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 5 آذار 1993، بأن محكمة الاستئناف ليست «ملزمة بتعديل الأساس القانوني للادعاء المقدم إليها»[3]. فقضاة الأساس غير ملزمين إذاً بالبحث عما إذا كان البائع قد قام بموجب التسليم، ذلك بأن ضمان العيوب الخفية وحده جرى التمسك به. على أن اجتهاد الغرفة المدنية الأولى لا يبدو أنه مستقر نهائياً، على الأقل في مادة البيع، ما دام أنها حكمت في 16 حزيران 1993 بأن قضاة الأساس كان عليهم «موجب» البحث عما إذا كان «عدم صحة المسافة الكيلومترية المبينة في العداد من الواجب وصفها كتخلف للبائع عن موجبه بتسليم مركبة مضبوطة... مما يستبعد تطبيق المادة 1648 من القانون المدني»[4]. ويبقى عدم اليقين أيضاً إذا أخذنا في الحسبان أن الغرفة عينها في محكمة النقض حكمت، في 20 تشرين الأول 1993، في مادة التأمين، بأن قضاة الأساس «المراجعين فقط استناداً

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1973، النشرة المدنية، I، رقم 336، صفحة 236 ـ النقض الاجتماعي في 11 آذار 1976، النشرة المدنية، V، رقم 156، صفحة 128.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 210، صفحة 148.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذارد 1993، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 73. في مادة البيع يشكل هذا الحكم تحولاً في الاجتهاد، انظر بحكم 13 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 393، صفحة 264. تمسكت الغرفة التجارية في شأن البيع بأن القضاة المقيدين بادعاءات الفريقين ليس عليهم الحكم في المسؤولية لعدم المطابقة ما دام أنهم روجعوا فقط بادعاء ضمان العيوب الخفية، 23 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، 244، صفحة 170؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 413، ملاحظة J.NORMAND. انظر Fr. GRÉGOIRE, Vices cachés et non-conformité de la chose vendue، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1993، صفحة 751 وما يليها.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 155.

إلى المادة 113 ـ L8 . من قانون التأمينات، بطلب إبطال عقد التأمين، لم يكونوا ملزمين بالبحث تلقائياً عما إذا كانت شروط تطبيق المادة 113 ـ L. 9 من القانون عينه متوفرة»[1]. وهذا يعني أنه ليس هناك موجب بالنسبة إلى القاضي.

ويرى مؤلفون معاصرون أنه لا يمكن أن يؤخذ على القاضي أنه لم يطبق عفواً قاعدة قانونية لم يتمسك بها المتقاضون[2].

ويبدو أن محكمة النقض أخذت بهذا المفهوم الأخير لوظيفة القاضي. ففي 30 كانون الثاني 1985[3] وفي 4 تشرين الثاني 1988[4] حكمت الغرفة المدنية الثانية بأنه إذا كانت المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة تتيح للقاضي، عندما لا يحدد الفريقان النقاش باتفاق صريح، تغيير تسمية الادعاء أو أساسه القانوني، فإنها لا تجعل من ذلك موجباً عليه. ويمكن التقدير أن هذين الحكمين مجردان من المدى في ما يختص بوصف العقد ذلك بأنهما يتعلقان بتسمية الادعاء أو أساسه القانوني. غير أن اعتراضاً كهذا هو مجرد من علاقة الأمر بالموضوع. فوصف العقد يمكن أن يكون الأساس القانوني للادعاء. وهكذا يمكن أن يكون ادعاء استرداد مبلغ من العملة مبنياً على وصف عقد القرض، سبب التسليم المطلوب استرداده. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى ـ مع أنها ليست غرفة الإجراء ـ حكمت في 22 شباط 1978[5] بأن محكمة الاستئناف «لم تكن ملزمة بأن تثير تلقائياً سبب التسويغ الذي لم يثره الفريقان». كما حكمت هذه الغرفة عينها في 16 نيسان 1991[6]، استناداً إلى المادتين 1015 و 12 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، بأن: «على القاضي إعطاء وصف الوقائع والأعمال المنازع فيها أو تصويب الوصف بدون التوقف عند التسمية التي اقترحها الفريقان، وأنه بإمكانه بيان أسباب التسويغ القانونية الصرف تلقائياً أياً كان الأساس القانوني الذي يتمسك به الفريقان». واستخدام الفعل «استطاع» من قبل محكمة النقض، عقب

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 199.

(2) H.CROZE et C.MOREL, Procédure civile، منشورات PUF، 1988، رقم 167، صفحة 172 وصفحة 173. التسويغ الذي قدمه هذان المؤلفان عملي للغاية (حجم الدور) طالما أنهما يأخذان بما يلي: «يجري هكذا تجنب مضاعفة السلطات التي تأخذ على قضاة الأساس عدم تطبيق قاعدة في حين أن الفريقين لم يقوما بإثارتها». انظر أيضاً H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 498، صفحة 514 وصفحة 515، وكذلك J.VINCENT et S.GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، Dalloz، 1991، رقم 392، صفحة 314 وما يليها.

(3) النشرة المدنية، II، رقم 23، صفحة 15؛ مصنف الاجتهاد الدوري، 1985، IV، رقم 136.

(4) النشرة المدنية، II، رقم 202، صفحة 111؛ Dalloz 1989، صفحة 609، تعليق FRISON-ROCHE الناقد. انظر بالنسبة إلى الدفاع عن اجتهاد الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، R.MARTIN, La règle de droit adéquate dans le procès civil، Dalloz 1990، العرض XXIX، صفحة 163، وصفحة 164.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 76، صفحة 63.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 144، صفحة 95.

الاستشهاد الحرفي بالمادة 12، الفقرة 2 من مدونة الإجراء المدني الجديدة الذي يتمسك بواجب، يبدو أنه يدل تماماً على أنها لا تتوخى أن تجعل منه واجباً على القاضي وإنما مجرد إمكانية.

ومن الممسوح به الأخذ بأن إعادة الوصف في القانون الوضعي ليست، من حيث المبدإ، من الانتظام العام، على عكس ما شدد عليه Josserand. والقاضي، إذا لم يكن مقيداً بوصف العقد المتذرع به من قبل الفريقين، غير ملزم بتقويم وصف، غير صحيح مع ذلك، في غياب طلبات أحد المتقاضين بهذا المعنى. ويبقى من الصحيح أن القاضي، عندما يطلب أحد المتقاضين إلى المحكمة النظر في وصف العقد، يفقد إذ ذاك حريته، فالوصف يغدو موضوع النزاع. وهو يتنكر، برفضه الوصف لمحتوى النزاع، وينتهك المادة 4 من مدونة الإجراء المدني الجديدة.

وبعض الأحكام يمكن تقديمه على أن من شأنه إعادة النظر في هذا التحليل. فهذه الأحكام، في الحقيقة، ليست مقنعة بالنسبة إلى الظروف الواقعية والقانونية التي أفسحت في المجال للحكم بها. إنها بالأحرى تعزز الفكرة التي بمقتضاها ليس على القاضي إثارة الوصف الصحيح لعقد ما إلاّ أن تكون قاعدة من الانتظام العام منذورة لكي تسوس النزاع. وهذا ما يجدر بيانه.

122 ـ تُفرض إعادة الوصف على القاضي عندما يتعلق الأمر بتطبيق قاعدة من الانتظام العام يقود إليها وصف العقد.

وجود قواعد من الانتظام العام يحرم القضاة من حريتهم في مادة وصف العقد. فهم ملزمون بأن يعيدوا إلى الاتفاقية وصفها الصحيح.

وقد استشهد Motulshy، دعماً لفرضيته، بحكم فرض، في عرفه، على قضاة الأساس إعادة الوصف في غياب أي قاعدة من الانتظام العام مطبقة على النزاع[1]. وتحليل الحكم الذي أصدرته الفرقة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 29 تشرين الأول 1954[2] يقود في الحقيقة إلى خلاصة أخرى كلياً. ففي هذه القضية لم يتوصل مؤجر ومستأجر إلى اتفاق حول ترتيب المكان المؤجر في حين أن ملحق مرسوم 10 كانون الأول 1984 يتيح لهما، في حالة التردد حول فئتين قريبتين، الاتفاق على تخفيض لبدل الإيجار العائد إلى إحدى هاتين الفئتين ذات الإيجار الأعلى. وقد تمت مراجعة المحكمة بادعاء لتحديد بدل الإيجار فطبّقت ملحق المرسوم. وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم إذ بينت عرضاً أن إمكانية المصالحة حول فئة السكن كان محتفظاً بها للفريقين و «إن كيفيات تحديد بدل الإيجار المبينة في هذين النصين (المادة 25 وما يليها من قانون أول أيلول 1948 والمادة 2 الفقرة الأولى من مرسوم

---

(1) La cause...، المرجع عينه، صفحة 243، رقم 25، التعليق 83،

(2) مجلة قصر العدل، 1954، 2، 365.

10 كانون الأول 1948 وملحقه التكميلي) هي من الانتظام العام». والحال أن الحكم الذي جرى نقضه كان قد طبق الأحكام المبيحة الواردة في ملحق مرسوم 10 كانون الأول 1948، في حين أنه لم تكن له، بسبب وجود نص من الانتظام العام، السلطة في ذلك. وكان تعليل النقض إذاً عدم التقيد بهذه الأحكام. إن اعتبارات الانتظام العام هي وحدها المقحمة، وتسوّغ نقض الحكم المطعون فيه.

وفي صدد وصف عقد بعنوان «عقد إيداع بالأمانة» ذكّرت محكمة النقض بالقاعدة التقليدية التي بموجبها ليس قضاة الواقع مقيدين بالتسمية الشكلية التي أعطاها الفريقان لتوافق إرادتيهما. إن الغرفة التجارية، بعد أن أوردت أنه ينجم عن المادة 1915 من القانون المدني أن «عبء ردّ الشيء المسلّم عينا عنصر أساسي من عقد الإيداع»، نقضت حكماً أخذ «بأن محكمة الاستئناف بحكمها على هذا النحو في حين أن العقد موضوع البحث لم يكن يرتقب في أي حال أن ترد الشركة ب للشركة ج البضائع المسلّمة إليها، ولم تكن مقيدة بالوصف غير الصحيح الذي أعطاه الفريقان لاتفاقيتهما، قد انتهكت النص المذكور أعلاه»[1].

وينتج عن هذا الحكم بداهة أن قضاة الأساس كانوا ملزمين بإعادة وصف العقد المنازع فيه بدون التوقف عند تسميته. وكان يعود إليهم التساؤل حول طبيعة الموجبات الملقاة على عاتق الوديع. وبامتناعهم عن فعل ذلك تجاهلوا امتداد صلاحياتهم فارتكبوا بذلك تجاوزاً سلبياً لحد السلطة. وللنقض المعلن، في هذه الرؤية، دلالة إضافية انضباطية.

وإذا استبعدنا الوضع الواقعي للحالة، كما يدعو إليه التعليل القانوني لمحكمة النقض، يمكن الاستنتاج من تحليل هذا الحكم أن وصف العقد مستقل بمعنى أنه لا يتوقف على التطبيق المحتمل لبعض قواعد الانتظام العام. وبالمقابل إذا عكفنا على دراسة الوقائع يظهر أن الحل أملته اعتبارات أخرى عملية أكثر.

والشركة المدّعى أنها وديع كانت، لاحقاً لإبرام العقود المنعوتة خلافاً للأصول حسب محكمة النقض، قد أعلنت أنها في تسوية قضائية وقد ادعى الوكيل أن الاتفاقية المنازع فيها يجب أن تتحلل كبيع. وكان العقد غير قابل للاحتجاج به أو يُحتج به تجاه كتلة الدائنين حسب الوصف المتبنى، طالما أن فعالية البيع مع الاحتفاظ بالملكية في حالة إجراء جماعي بالدفع لم تكرّس إلا بقانون 12 أيار 1980. ومن الأكيد أن الانتظام العام، قبل هذا القانون، كان يفرض بالضرورة وصفاً صحيحاً للعقود المبرمة مع المدين الموجود في تصفية أو تسوية قضائية لأمواله. وكانت إعادة الوصف غير مفروضة بالتالي بسبب وظيفة القاضي، وإنما بوجه الاحتمال بسبب تشريع من الانتظام العام. وإذا ما جرى تبني هذا التفسير للحكم المعني يكون على القاضي إعادة وصف العقد عندما تكون هناك قاعدة من الانتظام العام منذورة لتسوس الخلاف.

وأحياناً تلجأ محكمة النقض إلى فكرة التحايل على القانون لتسويغ وجود موجب إعادة الوصف.

(1) النقض التجاري، 17 شباط 1981، النشرة المدنية، رقم 86، صفحة 66.

وهكذا حكمت محكمة النقض بكامل هيئتها في 18 حزيران 1976[1] بأن «كل عقد معدّ لكي يتيح لأحد الفريقين التملص من تنظيم الضمان الاجتماعي هو عقد منطوٍ على الغش». وهكذا نقضت محكمة النقض الحكم الذي اعتمد أن «مبدأ حرية الاتفاقيات يسمح للفريقين بأن يسوسا علاقتهما القانونية عن طريق العقود التي تبدو لهما الأكثر نفعاً، ولو لم يكن ذلك إلا من أجل الهدف الوحيد والمصلحة الوحيدة في التملص من أعباء الضمان الاجتماعي ما دام أنها غير مشوبة بالغش». والتعليل الذي اعتمدته محكمة النقض لا يمكن أن يُوافق عليه كما هو. إنه يستدعي، في صلابة المبدإ المعلن، نفي فئة العقود غير المسماة في حين أن وجودها معترف به على وجه العموم، حتى في حال وجود قاعدة من الانتظام العام[2]. وتجدر الملاحظة أن الاجتهاد، في المادة الضريبية، يتبنى موقفاً أكثر تبايناً ويرفض الافتراض أن العقود التي يتم إعلان أن موضوعها الاستفادة من نظام ضريبي لفرض الضريبة أكثر نفعاً هي عقود مشوبة بالغش[3]. وقد جرى البيان أخيراً، وعلى وجه الخصوص، أن الغش في نظر صيغة المادة L. 241 من قانون الضمان الاجتماعي[4]، كان مستحيلاً ذلك بأن وصف العقد ليس حاسماً في ما يتعلق بالخضوع للتأمينات الاجتماعية[5].

ولم تستعد الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض لاحقاً الحيثية المبدئية للهيئة العامة، وفكرة التحايل على القانوني تبدو أنها أصبحت مستبعدة في مادة الخضوع للضمان الاجتماعي لصالح مجرد التثبت الموضوعي من الظروف الواقعية التي تمت فيها نشاطات من يخضع احتمالياً لهذا الضمان[6].

والتحايل على القانون يمكن أن يسوّغ أساس موجب القاضي بإعادة الوصف عندما يكون الانتظام العام منذوراً ليسوس الاتفاقية المعقودة بين الفريقين. واعتماد فكرة التحايل

---

(1) النشرة المدنية، رقم 9، صفحة 13، Dalloz 1977، 173، تعليق JEAMMAUD، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18659، تعليق SAINT JOURS.

(2) انظر: الرقم 100 السابق.

(3) انظر النقض التجاري، 19 نيسان 1988، رقم 134، صفحة 95: «في حال عدم وجود وهمية الأعمال المنازع فيها لا يمكن الأخذ بوجود اهتمامات ضريبية من قبل الفريقين مشروعة بحد ذاتها، إلاّ أن تشكل التسويغ الوحيد للعملية» ـ قارن بالأخذ في الاعتبار المصلحة الضريبية في مجال تعديل الأنظمة الزواجية.

(4) بمقتضى هذا النص يلتحق إلزامياً بالتأمينات الاجتماعية جميع الأشخاص من الجنسية الفرنسية من هذا الجنس أو ذاك، إجراء أو عمال، بأي صفة أو أي مكان كان، لدى مستخدم واحد أو عدة مستخدمين، وأيا كان مبلغ مكافأتهم وطبيعتها، وشكل عقدهم أو طبيعته أو صحته، وأياً كانت سنهم حتى ولو كانوا حائزي نفقة.

(5) A.JEAMMAUD، التعليق المذكور سابقاً. صفحة 175، العمود الثاني في نهايته، والصفحة 176، العمود الأول.

(6) انظر على سبيل المثال النقض الاجتماعي في 21 تموز 1986، النشرة المدنية، V، رقم 424، صفحة 322 ـ النقض الاجتماعي في 21 تموز 1986، النشرة المدنية، V، رقم 425، صفحة 323 ـ النقض الاجتماعي، 22 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، V، رقم 491، صفحة 371 ـ النقض الاجتماعي، 19 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، V، رقم 538، صفحة 407، الأكثر مدلولاً إذ يتعلق الأمر بحكم نقض لانتهاك القانون.

حشوي وغير مفيد، إذ يكفي بالفعل التثبت من أن الانتظام العام يحرم الفريقين من إمكانية التمسك بوصف لا يتوافق مع الوقائع بدون مراعاة نية الفريقين اللذين عبرّا عنها، وأن هذا الانتظام العام ذاته يفرض على القاضي استخدام سلطته في الوصف.

ولم تلجأ الهيئة العامة، في قانون العمل، وهو مادة من الانتظام العام بالامتياز، إلى مفهوم التحايل لنقض حكم محكمة استئناف احتمى وراء اشتراطات الفريقين لاستبعاد تطبيق هذا القانون.

فقد حكمت في 4 آذار 1983[1] «بأنه يتبع عن تحقق قضاة الأساس أن السيد Barrat، مع أنه وصف اعتباراً من أول تشرين الأول 1970 «بمحاضر خارجي» لقاء «أتعاب»، استمر في تأمين مهام التدريس العائدة أساساً إليه وفقاً لبرامج رسمية، وفي صميم نظام معمول به بإدارة معهد Roches ومسؤوليته، حتى ولو كان قد أخذ في الحسبان ما يلائمه في إعداد التوقيت، لا يمكن أن تكون له مهنة حرة، إذ «إن إرادة الفريقين وحدها عاجزة عن حرمانه من النظام الاجتماعي الناجم بالضرورة عن شروط إنجاز عمله». ولم يتم على الإطلاق الإسناد إلى التحايل. صحيح أن النقض المحكوم به له، في هذه الحالة، دلالة انضباطية طالما أن محكمة الاستئناف لم تقم بإعادة وصف العقد المنازع فيه بعد أن تحققت من عناصر العقد الحقيقي الذي أبرمه الفريقان، مع الاحتماء وراء الاشتراطات العقدية.

يمكن التأكيد إذاً أن على القاضي التطرق تلقائياً للوسائل من الانتظام العام[2] مع احترامه المبادىء الأساسية للإجراء المدني، في حين أن بإمكانه فقط إثارة الوسائل القانونية الصرف[3]. إن وظيفة القاضي، كقاعدة عامة، وفي مادة المادة وصف العقد على وجه الخصوص، خاضعة للانتظام العام. بيد أن الانتظام العام مفهوم له محتوى متغير، وهو لا يتجاوب مع قصدية هي ذاتها دائماً[4]. أفليس من الملائم، في ظروف كهذه، التفريق بين الانتظام العام للإدارة والانتظام العام للحماية؟.

إن حكماً قديماً نقض حكم محكمة استئناف أثارت تلقائياً وسيلة تعود لمجال الانتظام العام للحماية. فقد قدم راع ادعاء لدفع تعويض عن اثني عشر يوم راحة مبنياً على قرار صادر عن المحافظ في 14 آذار 1946، بحق المزارع الذي استخدمه. وقد استجاب قاضي الصلح لهذا الادعاء. فقدم المستخدم استئنافاً وطلب المستأنف عليه تأكيد الحكم بدون شرط. فقامت المحكمة المدنية في أورياك، بعد أن اعتبرت أن قرار 14 آذار 1946 لم يعد ساري المفعول، بتطبيق قانون 10 آذار 1948 تلقائياً، وهذا القانون يفيد الراعي من تعويض يناظر

---

(1) Dalloz 1983، صفحة 381، طلبات CABANNES.

(2) انظر: H.CROZE et C.MOREL, Procédure civile، المرجع عينه، رقم 168، صفحة 173.

(3) انظر في شأن تحليل شامل لهذه المسألة، H.CROZE, Recherche sur la qualification en droit precessuel français، أطروحة في ليون III، طابع على الآلة الكاتبة، 1981، رقم 472 وما يليه، صفحة 489 وما يليها، ولا سيما الرقم 488 وما يليه، الصفحة 507 وما يليها.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 104 وما يليه.

أربعين يوم راحة، فجرى طلب نقض هذا الحكم.

وفي 8 آذار 1955 نقضت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض[1] هذا الحكم بحجة «إن طابع الانتظام العام لهذا النص (أي القانون) لا يمكن أن يسمح للقضاة بتطبيقه تلقائياً وبالتالي تعديل سبب النزاع وموضوعه، في حين أن المستأنف عليه، الحرفي العدول عن حقوقه المكتسبة، لم يطالب بها على الإطلاق واكتفى بطلبه الأصلي الهادف إلى التعويض عن اثني عشر يوماً».

من غير المنازع فيه أن الانتظام العام كان مقحماً في القضية، فمحكمة النقض أثارته صراحة. غير أن طالب التعويض كان بإمكانه العدول عن التمسك بالقواعد المطبقة طبيعياً على النزاع، لأن الأمر كان يتعلق بحق مكتسب. والانتظام العام المقحم كان بالتالي انتظاماً عاماً للحماية. والمقصود، على سبيل استعادة التعابير الأكثر عصرنة للمدوّنة الإجراء المدني الجديدة، حق كان أحد الفريقين يملك تجاهه حرية التصرف به. فالفريق المحمي كان بإمكانه إذاً التخلي عنه ولم يكن في وسع القاضي أن يحُل نفسه محل المتقاضي.

وتحليل هذا الحكم لا يقود بالضرورة إلى الخلاصة السلبية بأن القاضي لم يكن ملزماً بأن يثير تلقائياً قاعدة من الانتظام العام عندما تتجاوب مع الاهتمام بحماية أحد المتعاقدين. ويبدو اجتهاد الغرفة المدنية أكثر محدودية ويتلخص بالطرح التالي: لا تستطيع المحاكم أن تطبق تلقائياً قاعدة تعود لمجال الانتظام العام للحماية عندما يعدل الفريق المحمي عن الاستفادة التي منحها إياها القانون[2]. وليس هناك أي حاجة لاتفاق بين المتقاضين طالما أن العدول عن الحق أحادي الجانب. فالمتعاقد المحمي يعدل عن تطبيق أحكام لصالحه له الحق فيها. والأمر يتعلق فقط بمعرفة ما إذا كان المتعاقد المحمي قد تخلى عن حقوقه بعدم التمسك بالقاعدة المطبقة في النزاع أمام المحاكم، أو بصورة عملية أكثر، معرفة ما إذا كان العدول عن حق يمكن أن ينتج عن امتناع أو عن مجرد الصمت.

والحكم المبطل يفترض في الحقيقة عدولاً. وكان يكفي أن لا يطالب المستأنف عليه بالاستفادة من قانون أنفع له لكي يمتنع على القاضي أن يثير تلقائياً وسيلة الدعم هذه. ويمكن التفكير في أن الحل المعاكس هو الذي يؤخذ به اليوم. فقد حكمت الغرفة المختلطة في محكمة النقض في 26 نيسان 1974[3] بأن العدول عن حق لا يُفترض افتراضاً. وتطبيقاً لهذا المبدإ جرى الحكم لاحقاً بأن مجرد سكوت أحد الفريقيَن لا يكفي للقول بالعدول[4]. من

---

(1) Dalloz 1956، صفحة 517 وما يليها، تعليق Ph. MALAURIE.

(2) انظر Ph. MALAURIE، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 520، العمود الثاني، الفقرة 3.

(3) النشرة المدنية، رقم 1، صفحة 1.

(4) النقض المدني في 16 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، رقم 112، صفحة 270 ـ النقض التجاري في 26 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 46، صفحة 15، وكذلك النقض التجاري، 18 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 24، صفحة 20، مجرد التأخير في طلب تنفيذ العقد لا =

هذا التطور يجب الأخذ بأن عدم وجود إثارة من قبل أحد المتقاضين لقاعدة من الانتظام العام، ولو كانت تتعلق بالحماية، لا يكفي لاعتبار ذلك عدولاً.

ويمكن التقدير، في هذه الرؤية، أن على القاضي أن يبين تلقائياً الوصف الذي من شأنه إعمال قاعدة من الانتظام العام، ولا يهم أن تعود القاعدة موضوع البحث إلى انتظام حماية أو إدارة. وبإمكان الفريق المستفيد من اهتمام المشترع، إذا تعلق الأمر بقاعدة حماية فقط، أن يعدل دائماً عنها عندما تكون شروط العدول القانونية مجتمعة[1]. والمتقاضي المحمي، بالتمسك بشروحات الفريقين، يعدل شرعاً، عند الاقتضاء، عن الاستفادة من القانون عندما يأخذ علماً بمدى حقوقه. والواجب المعترف به للقضاة يحقق ضمن هذه الشروط تسوية مقبولة. والمبدأ الاتهامي للإجراء إلمدني ودور القاضي محترمان. وإرادة السلطة يمكن ولا شك أن تتصالح مع النهج الذي اختطه الاجتهاد.

ب ـ احترام المبادىء الأساسية للإجراء المدني.

123 ـ ليس لطبيعة وظيفة القاضي كبير أهمية. وسواء أكان بإمكانه أو عليه أن يصف العقد، حتى أن يعيد وصفه، فهو ملزم دائماً باحترام المبادىء الأساسية للإجراء المدني. وليس في وسع قضاة الأساس، تحت غطاء الوصف، أن يتنكروا لمبدإ الوجاهية وأن يعدلوا موضوع النزاع، أو أن ينتهكوا الحجية المطلقة للشيء المحكوم فيه (أو قوة القضية المقضية).

1) احترام الوجاهية وموضوع النزاع

124 ـ **احترام الوجاهية.**

تفرض المادة 16 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة على القضاة أن يحترموا أو أن يعملوا على احترام الوجاهية حتى عندما يبينوا تلقائياً وسيلة دعم قانونية صرف أو من الانتظام العام[2]. ويكفي التذكير بأن مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان) أبطل، في 12

= يشكل إظهاراً غير ملتبس لإرادة العدول ـ الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 14 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، II، رقم 14، صفحة 8، عدم التكرار في طلبات عتصر من عناصر الادعاء لا يعبر عن إرادة العدول، انظر في الفقه حول تفسير الصمت المعتبر بياناً عن العدول F.DREIFUSS - NETTER, Les manifestations de volonté abdicatives، أطروحة في L.G.D.J.، 1985، مقدمة P.TERCIER، رقم 190 وما يليه، صفحة 164 وما يليها.

(1) انظر: تلاشي العقد.

(2) انظر حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 10 تموز 1981، النشرة المدنية، رقم 6، صفحة 7 (حكمان)؛ مجلة قصر العدل، 1981، 677، تعليق VIATTE؛ Dalloz 1981، صفحة 637، طلبات CABANNES؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 677، تعليق NORMAND، صفحة 805، ملاحظة PERROT؛ A.BÉNABENT, L'article 16 du nouveau code de procédure civile version 1981، Dalloz 1982، العرض VIII، صفحة 55 وصفحة 56. الدفع بعدم التنفيذ الناجم عن لا قبولية =

تشرين الأول 1979[1]، وهو ينظر في المنازعات القضائية، الفقرة الثالثة من المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة بكونها تعفي القاضي من مراعاة مبدإ الوجاهية عندما يثير وسيلة دعم قانونية صرف. وأي حكم يتنكر لهذا الأمر يتعرض للنقض[2]. ونتيجة لذلك، عندما يبدو الوصف الذي يتذرع به الفريقان من الواجب استبعاده لصالح وصف آخر لم يتم التمسك به، ينبغي على القاضي فتح باب المرافعة[3]، وليس من المهم أن يؤدي وصف العقد إلى تطبيق قواعد الانتظام العام أو أن لا يؤدي إلى ذلك[4]، ومن غير المهم أيضاً أن يكون هذا الانتظام العام للحماية أو للإدارة.

ومراعاة مبدإ الوجاهية بدا أساسياً لحماية حقوق الدفاع[5] إلى درجة أن مجلس الدولة أبطل في حكمه بتاريخ 5 تموز 1985[6] المادة 1015 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة

= الاستئناف المقدم من الوكيل وحده لا يعفي القاضي من احترام مبدأ الوجاهية. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدفع بعدم التنفيذ المستخرج من وقف الملاحقات الفردية بحكم القانون ضد مدين في حالة تصفية أمواله خلال مجرد دعوى الاستئناف. انظر في شأن دراسة شاملة لمبدإ الوجاهية J.VINCENT et S.GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 393 وما يليه، صفحة 317 وما يليها. وكذلك J.BORÉ,. La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 1942، صفحة 590 وصفحة 591، تنقيح حتى 31 كانون الأول 1987، رقم 182 ورقم 183، صفحة 54 وصفحة 55 ـ M.A FRISON-ROCHE, Généralités sur le principe du contradictoire, أطروحة في باريس II، 1988، طبع على الآلة الكاتبة ـ J.HÉRON, Droit judiciaire privé، منشورات Montchréstien، 1991، رقم 236 وما يليه. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 آذار 1989، النشرة المدنية، I، رقم 137، صفحة 90. يراعى مبدأ الوجاهية عندما يكون أساس الادعاء قد جرت مناقشته، وجاهياً في الجلسة. إن هذا الحكم منازع فيه لأن الإجراء خطي عندما يكون التمثيل إلزامياً. ولا تأخذ الغرفة المدنية الثانية ـ وهي غرفة الإجراء ـ بأن تبطل محكمة استئناف أمر إقفال المناقشة، لكي تجعل الطلبات المتأخرة مقبولة، وتستمع إلى الفريقين وتحكم في الأساس في اليوم عينه، انظر حكم 23 شباط 1994، النشرة المدنية، II، رقم 74، صفحة 41.

(1) انظر الرقم 115 والتعليق رقم 20.

(2) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 4 حزيران 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 179، صفحة 150 ـ النقض التجاري في 19 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 324، صفحة 217، استبدال تلقائي لأساس قانوني جديد بناء على الطلب بدون إثارة تفسير الفريقين ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 208.

(3) على سبيل المثال الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 140.

(4) انظر H.CROZE et C.MOREL, Procédure civile، المرجع عينه، رقم 186، صفحة 189. انظر أيضاً H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 505 وما يليه، صفحة 523، وما يليها.

(5) انظر: H.MOTULSKY, Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle; le respect des droits de la défense en procédure civile, Mélanges Roubier, 1961، الجزء 2، صفحة 175، الأخذ بأن مبدأ الوجاهية يعود إلى القانون الطبيعي.

(6) مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، II، 20478، طلبات Jeanney. مجلة قصر العدل، 1985، 742. تعليق GUINCHARD، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1985، 625، تعليق RICHIER؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، 169، ملاحظة NORMAND.

بحجة «أن الحكومة لا تستطيع شرعاً أن تتبنى أحكاماً تنظيمية من شأنها تضييق ضمانات المتقاضين، وأن هذه الضمانات تكمن على وجه الخصوص في مبدإ مساواة المواطنين أمام القضاء، وبما أنها اعتمدت نصاً مفاده أن «الرئيس يجب عليه أن ينبه الفريقين إلى وسائل دعم النقض التي يبدو أنه من الممكن إثارتها تلقائياً ودعوتهم إلى تقديم ملاحظاتهم فيّ المهلة التي يحددها»، وبذلك أعفت القاضي من موجب تنبيه الفريقين، ولا سيما المدعي، إلى وسائل الدعم التي يمكن أن يثيرها هو لرد الطعن، تكون الحكومة قد ارتكبت اعتداء غير مشروع على مبدإ مساواة المواطنين أمام القضاء». ويبدو أن محكمة النقض استخرجت نتائج الإبطال الجزئي للمادة 10158 على عكس وزارة العدل التي لم تعدّل بعد صيغة النص[1].

ويتضمن مبدأ احترام حقوق الدفاع، استثناء. فوسيلة الدعم هي التي لا تتطلب في القضية بالضرورة فتح باب المرافعة[2]. وبإمكان القاضي أن يبني قراره على الوقائع الموضوعة في المناقشة حتى ولو لم يثرها الفريقان على وجه الخصوص (المادة 7 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة)[3].

وتعاقب محكمة النقض على هذا النحو أحياناً قصور المتقاضين الذين كان بإمكانهم المناقشة وجاهياً فاغفلوا القيام بذلك، وتسوّغ أحياناً، وبصورة أكثر حياداً، حكماً صدر لصالح أحد الفريقين الذي لم يتمسك بأي وصف محدد دعماً لادعائه في حين أن الوقائع المثارة تتيح، في احترام موضوع النزاع، اللجوء إلى وصف صحيح. ويكتفي القاضي في هذه الحالة الأخيرة في الواقع بوصف ادعاء أحد الفريقين لتجنب الوصف الذي يبدو له غير مسوّغ. ولذلك لا يتنكر بالفعل لحقوق الدفاع، والوجاهية أحد مظاهرها[4]، وإنما يكتفي

---

(1) انظر J.BORÉ, La cassation en matière civile، تنقيح حتى 31 كانون الأول 1987، رقم 238، صفحة 71.

(2) J.VINCENT et S.GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 405، صفحة 324 ـ J.NORMAND، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 460 وما يليها. انظر كمثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1984، D. 1985، صفحة 117، تعليق J.HÉRON. يدين المؤلف هذا الاجتهاد الذي يرى أنه غير مسوّغ في القانون وزيادة على ذلك غير ملائم، ويتمنى اجتماع تكوين رسمي لإدانة هذا البناء الناتج عن مبادرة مستقلة.

(3) انظر بالنسبة إلى التطبيق حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، IV رقم 354، صفحة 237.

(4) انظر J.VINCENT et S.GUINCHARD، المذكورين آنفاً، رقم 405، صفحة 324، ويريان أن وصف القاضي مبادرة بمنجى من مبدأ الوجاهية. وهكذا يعارضان الوصف وإعادة الوصف. وإعادة الوصف وحدها تفرض فتح باب المرافقة (مثلاً حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 آذار 1985، النشرة المدنية، II، رقم 61، صفحة 42، إعادة وصف ادعاء بنفقة بطلب تقديم تعويضي). وهذا صحيح بمقدار ما يكون وصف واقعة ما، عقد على سبيل المثال، وسيلة دعم ضرورية في القضية ما دام لا يصف أحد الفريقين نفسه العقد موضوع النقاش. ولا يخضع الوصف للوجاهية إلاّ عندما يقترح القاضي وصفاً جديداً. بيد أنه ينبغي لذلك أن لا يكون هذا الوصف ذاته في القضية. وبالتالي، إذا كان وصف العقد بمنجى من الوجاهية فإن ذلك لأن الأمر يتعلق بوسيلة دعم ضرورية للقضية، وليست الحالة كذلك على وجه العموم عندما يتعلق الأمر بوصف ما. وهكذا يبدو مما لا طائل تحته التفريق بين الوصف وإعادة الوصف. فإمّا أن تكون وسيلة الدعم =

بتطبيق القاعدة القانونية على النزاع وفقاً للمادة 12، الفقرة 1، من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة[1]. وهكذا تعاقب محكمة النقض الوصف غير الصحيح وحده[2].

وإذا كان من الممكن التأكيد، في القانون الوضعي، أن وسيلة الدعم، وهي بالضرورة في القضية بمنجى، بطبيعتها، من النقاش الوجاهي، فإن تحديد هذا المفهوم أمر دقيق. وجرى اقتراح تعريفه كالمفهوم الذي لا يتطلب استعادة النقاش الواقعي. «إذا. . . كانت وسيلة الدعم المتمسك بها من الوسائل التي كان يمكن للفريقين أن يقدما في شأنها عناصر واقعية، فإن فتح باب المرافعة ضروري»[3]. ولن يكون ثمة تلازم بين وسيلة الدعم العائدة للقضية بالضرورة محدد هكذا ووسيلة الدعم القانونية البحت التي يمكن إثارتها أمام محكمة النقض والتي يجب سماعها بصورة أكثر تضييقاً، بسبب قاعدة الصلاحية التي تخضع لها محكمة النقض: التفريق بين الواقع والقانون[4].

وهكذا يعني مبدأ الوجاهية فقط أن يكون بإمكان الفريقين المناقشة في وصف العقد بالنسبة إلى الوقائع التي يذرعان بها سواء جرت مناقشتها أم لا.

وينبغي، في مجال وصف العقد، إذا ما أخذنا بالمعيار الذي اقترحه السيد Benabent والذي يبدو وثيق الصلة بالموضوع[5] الإسناد إلى طبيعة أركان العقد لتحديد ما إذا كانت وسيلة الدعم مقحمة في القضية بالضرورة أم لا. وإذا كان الوصف متوقفاً حصراً على عناصر موضوعية فيقتضي أن يكون مسموحاً للقاضي بإعادة وصف العقد، بدون التذرع بتفسيرات فريقي النزاع. كما ينبغي أن يكون الأمر كذلك أيضاً إذا كان النقاش المحتمل لا يمكن أن يتناول إلاّ العناصر التابعة التي لا يتوقف عليها الوصف[6]. والواقعة التي يتذرع بها في هذه

= بالضرورة في القضية، وإمّا أن لا تكون فيها. ولا يهم أن يتعلق الأمر بإعادة الوصف.

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 82، صفحة 63 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 301، صفحة 201. بينت محكمة النقض صراحة أن الفريقين لم يضعا الاتفاقية المعقودة بينهما لتجنب وسيلة الدعم المستخرجة من انتهاك الوجاهية ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 138، صفحة 76 (الملاحظة عينها).

(2) انظر الرقمين 128 و 129 اللاحقين.

(3) A.BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 حزيران 1978، 1978 Dalloz، صفحة 561، وتعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1978 (حكمان)، Dalloz 1979، صفحة 381، وصفحة 382. انظر في شأن تحليل هذا الرأي، H.CROZE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 516، صفحة 535 وما يليها.

(4) J.BORÉ, La Cassation en matière civile، المذكور آنفاً، رقم 1944 وما يليه، صفحة 591 وصفحة 592، ورقم 2572، صفحة 768. انظر الرقم 129 اللاحق.

(5) حكمت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، في 8 شباط 1989 (النشرة المدنية، II، رقم 36، صفحة 18) بأن محكمة الاستئناف ليس بإمكانها أن تتطرق تلقائياً إلى وسيلة دعم ممزوجة بالواقع والقانون بدون أن تنتهك مبدأ الوجاهية.

(6) انظر في شأن هذا المفهوم الرقم 80 السابق وما يليه.

الظروف أحد الفريقين لا مجال، من حيث المبدإ، لتفحصها من جديد. وبالعكس على القاضي، إذا لم تكن هذه الشروط مجتمعة، إعادة فتح المرافعة، ويبدو أن القاضي، ما دام أن عنصراً ذاتياً من شأنه تعديل الوصف، ملزم بالتطرق إلى شروحات الفريقين لأن النقاش يتناول عناصر واقعية يتوقف وصف العقد عليهما.

وعلى سبيل المثال يأخذ طعن ما على محكمة الاستئناف بأنها تطرقت تلقائياً إلى وصف المصالحة. وقد رُد هذا الطعن بحجة «أن محكمة الدرجة الثانية، بالحكم على هذا النحو، لم تفعل سوى إعطاء العمل المنازع فيه وصفه الصحيح، تطبيقاً للقاعدة القانونية التي، في ظروف هذه القضية، لم تجد ركيزتها المادية في أي واقعة يقتضي تفحصها ثانية وتقديرها على وجه جديد، بحيث أن المحكمة لم تكن ملزمة بإخضاع مبادرتها لنقاش الفريقين»[1].

وبإمكان القاضي تأسيس حكمه على وقائع في النقاش لم يتم إثارتها بصورة خاصة لدعم الادعاء. ولا يمكن التنازل عن هذه السلطة التي يستمدها من القانون، حتى ولو لم يكن ملزماً بممارستها. فالمادة 7 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة تنص على السماح فقط: «بإمكان القاضي... من بين عناصر النقاش»[2]. وعند عدم قيامه بذلك تعاقب محكمة النقض مسلكه كتجاوز سلبي لحد السلطة. وقد نقضت حكم محكمة استئناف لأنها قدرت بأنه لم تكن لها السلطة في أن تأخذ في الاعتبار واقعة لم يُستند إليها بوجه خاص وكان يمكن أن تقود إلى إبطال عقد لعيب في الرضا. وقضى عرف محكمة النقض أن «محكمة الاستئناف، بحكمها على هذا النحو، في حين أنها (أي المحكمة) كان يمكنها، لتحديد موجبات الزوجين Jata، أن تستند إلى الوقائع الناجمة عن مستند خطي موضوع في المناقشة، تنكرت لامتداد سلطاتها وانتهكت المادتين 12، الفقرة-2، و 16 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة»[3].

وليست وسيلة الدعم الموجودة بالضرورة في القضية منذورة فقط «لإنقاذ» حكم من النقض. إنها في الواقع تقنية تستخدمها أيضاً محكمة النقض وتسويغها النظري في المادة 131 ـ 5 L من قانون التنظيم القضائي (الذي يستعيد تعابير المادة 627، الفقرة 2، من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة) التي تنص في فقرتها الثانية على ما يلي: «بإمكانها (أي محكمة النقض) أيضاً، عندما تنقض بدون إحالة، أن تضع نهاية للنزاع عندما تتيح لها الوقائع كما تثبت منها وقدرها قضاة الأساس تطبيق القاعدة القانونية الملائمة». وعندما تطبق محكمة النقض هذا النص لا تثير شروحات الفريقين[4]. إنها تتصرف في الواقع كقاضي أساس،

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تموز 1981، النشرة المدنية، I، رقم 250، صفحة 206.

(2) قارن بسلطة الوصف، الرقم 120 السابق.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، III، رقم 153، صفحة 116. انظر تلاشي العقد.

(4) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 شباط 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 61، صفحة 53. أن الحكم المستشهد بها صدر مع ذلك قبل حكم مجلس الدولة في 5 تموز 1985 (انظر =

وهذا ما تسمح به المادة 627 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة. وقد جرى تقديم الفكرة في أن القانون العام(droit commun) للإجراء المدني يكون في هذه الحالة، منذوراً للتطبيق[1].

وإذا كانت هذه هي الحال فإن شروط الوصف، أو إعادة الوصف، للعقد من قبل محكمة النقض يجب أن تكون أكثر حصرية، ذلك بأن وسيلة الدعم في القضية تظهر قانونية صرفاً بالضرورة. وتحديد هذه الوسيلة أمام محكمة النقض أكثر تقييداً من التحديد المعتمد أمام قضاة الأساس[2]. ويخضع استخدام هذه الطريقة لقاعدة الصلاحية التي تخضع لها محكمة النقض. ويتلخص ذلك في الطرح التالي: عندما يسبق وصف الواقع ينبغي وضع الاستنتاج القانوني فقط للنقاش، وفي حال عدم وجود ذلك، تكون وسيلة الدعم مقحمة في القضية بالضرورة.

ويتحقق قضاة الأساس مثلاً من أن مجموعة وقائع تؤدي إلى وصف الغش. وهذا الوصف الأول متروك لتقديرهم السيد، فهو غير مراقب إذن. غير أن هذا الوصف يمكن أن يؤدي إلى تطبيق قاعدة قانونية خاصة من شأنها أن تُحل النزاع ولم يطبقها القضاة الأول. عند ذلك نكون أمام وضعين: إمّا أن يبدو تطبيق القاعدة التي حركها وصف الغش آلياً، وإمّا على العكسّ من ذلك. ففي الحالة الأولى لا تتطرق محكمة النقض إلى شروحات الفريقين السابقة ذلك بأن الاستنتاج القانوني، بطبيعته، لا يستدعي أي نقاش. وبالمقابل يفرض فتح باب المرافقة في الحالة الثانية بسبب الشك بالنسبة إلى تطبيق القاعدة القانونية، ووسيلة الدعم في القضية بالضرورة هي الوسيلة التي تتجاوب مع الفرضية الأولى، إنها تتعلق فقط بالاستنتاج القانوني. وهكذا تقترن وسيلة الدعم في القضية بالضرورة بوسيلة الدعم المستنتجة من الحكم المطعون فيه الذي يتملص من مطعن الجدة والذي ليس سوى وسيلة دعم قانونية بحت يثيرها طالب الطعن[3].

وتتعلق وسيلة الدعم في القضية بالضرورة، أمام قاضي الواقع، بجميع الأوصاف والاستنتاجات طالما ليس هناك تفريق بين الواقع والقانون. وهكذا يمكن مثلاً أن يكون وصف الغش في القضية أم لا. ولاستعادة تحليل السيد Benabent ينبغي أن يفتح القضاء الأدنى باب المرافعة من جديد، إذا كانت وسيلة الدعم المتمسك بها، الغش في هذه الحالة، هي من الوسائل التي كان يمكن أن يقدم الفريقان في شأنها عناصر واقعية. وفي الحالة المعاكسة تكون وسيلة الدعم بالضرورة في القضية ولا يكون القاضي ملزماً بإثارة شروحات

= التعليق 86 السابق)، غير أنه من الصحيح أن هذا الحكم لا يتعلق إلاّ بوسائل الدفاع وليس بوسائل دعم النقض. انظر J.BORÉ, La cassation en matière civile، تنقيح حتى 31 كانون الأول 1987، رقم 239، صفحة 71.

(1) انظر الرقم 129 اللاحق.

(2) J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 2616، صفحة 777.

(3) انظر: J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور سابقاً، رقم 2565 وما يليه، صفحة 766 وما يليها.

الفريقين. والطريقة المستخدمة هي دائماً مماثلة، والمادة التي تطبق هي وحدها المختلفة.

والاستنتاج القانوني هو وحده الذي يضع النقاش أمام محكمة النقض، في حين أن الواقعة ذاتها التي تكون فيها القاعدة القانونية المحتملة منذورة احتمالياً لتنظيمها يمكن أن تكون موضوع نقاش. ووسيلة الدعم، بشكل أكثر تركيباً، الموجودة في القضية بالضرورة، أمام محكمة النقض، هي الوسيلة التي لا تتطلب أي تفسير بالنسبة إلى القاعدة القانونية الواجبة التطبيق على الوقائع التي يتحقق منها بسيادة قضاة الأساس والتي لا يعود بإمكانها أن تشكل موضوع النقاش، في حيث أن وسيلة الدعم الموجودة في القضية بالضرورة، أمام القضاء الأدنى، هي الوسيلة التي لا تحتاج إلى أي تقدير جديد للواقع المتذرع به وللقاعدة القانونية التي يقتضي أن تنظم هذه الواقعة.

فالتناقض إذاً يجري تجنبه أحياناً أمام محكمة النقض، بالطريقة عينها التي يتم ذلك أمام قضاء الواقع. وتنتج عن ذلك الضرورة الملحة لحصر وسيلة الدعم في القضية في حدود ضيقة ومحددة بدقة.

ويمكن كذل التفكير في أنه من المأمول به في الحقيقة، وفي غياب أي معيار موضوعي حقيقي، طالما أن محكمة النقض في النهاية هي التي تحدد ما إذا كانت الواقعة المتذرع بها، أو القاعدة القانونية المنطبقة، محتومة، مما يقودها أحياناً إلى الإتيان بتقدير واقعي صرف[1]، أن يتخلى الاجتهاد عن هذه النظرية. واحترام النقاش الوجاهي مبدأ أساسي مفروض على القاضي بالطريقة عينها كما في موجب البت بالنزاع وفقاً للقواعد القانونية التي تسوسه. وليس ثمة أي سبب لإعطاء الأولية لأحد هذه المبادىء على غيره وقبول استثناء لصالح هذه القاعدة أو تلك من القواعد. ولا يهم أن يمثل تطبيق القانون على الوقائع طابعاً آلياً معيناً، ذلك بأن مراعاة النقاش الوجاهي أحد التقنيات التي تتيح للقاضي جعل حكمه مقبولاً من الفريقين. وليس القانون المجرد هو المقحم في القضية وإنما احترام الوظيفة القضائية وفعالية قرار القضاء.

125 ـ مبدأ التصرف بالدعوى.

إنه يعني أن الفريقين هما سيّدا المادة المنازع فيها. ولهما توجيه الدعوى وليس في وسع القاضي تعديل تعابير الدعوى (المادة 4 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة التي تؤكد مبدأ ثبات النزاع)[2]. وقد حكمت محكمة النقض، في مادة الوصف، وفي صدد دعوى بطلان عقد وصفه المدعي «بشركة محاصّة»، وهذا الوصف لم يعترض عليه المدعى عليه،

---

(1) إن محكمة النقض، بحكمها بأن واقعة كهذه لا تتوجب إعادة تفحصها وتقديرها بطريقة جديدة، تجري بالضرورة تقديراً حول الوصف الذي أخذ به قضاة الأساس، حتى ولو أعلنت التخلي عن هذا الوصف لسلطة قضاة الواقع السيدة.

(2) J.VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 379 وما يليه، صفحة 304 وما يليها.

بأن قضاة الأساس لايمكنهم، لاستبعاد ادعاء المدعي، إعادة وصف الاتفاقية بالتقدير إنها تتحلل، في الحقيقة، كتفرغ عن حصص في الشركة. إن محكمة الاستئناف، «بالحكم على هذا النحو، في حين أن موضوع النزاع الذي روجعت فيه كان دعوى بطلان عقد وليس الاعتراض على طبيعة هذا العقد، انتهكت المادة 4 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة»[1]. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض حكمت، في 25 كانون الثاني 1989[2]، بعد أن ذكّرت «بأن موضوع النزاع محدد في ادعاءات الفريقين وأن هذه الادعاءات في الاستئناف وكذلك وسائل الدعم التي بنيت عليها مصاغة في الطلبات المتبادلة»، بأن محكمة الاستئناف ليس بإمكانها أن تتخذ قرارها بالإسناد إلى نقاشات شفهية ضد مستندات الفريقين الخطية بدون أن تنتهك المادتين 4 و 954 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة.

إن الحد المطروح هكذا لسلطة الوصف أو إعادة الوصف مطلق، ذلك بأن الإجراء المدني اتهامي وليس تحقيقياً[3]. وبإمكان القاضي أو عليه إعادة وصف العقد في حدود النزاع شرط احترام مبدإ الوجاهية، غير أنه ليس في وسعه تعديل تعابير النزاع[4]. وهذا هو السبب الذي من أجله لا يستطيع أن يبني قراره على وقائع ليست في المناقشة، إذ إن ادعاءات الفريقين ترتكز بالضرورة على الوقائع التي يتذرعان بها (المادة 6 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة).

غير أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 18 كانون الثاني 1989[5]، استناداً إلى المادة 12 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة، بأن بإمكان محكمة الاستئناف إعادة وصف الأساس القانوني للادعاء بدون أن تنتهك المادة 4 من الإجراء المدني. وكان البحث عن مسؤولية إحدى الشركات استناداً إلى المادتين 1383 و 1384 عن القانوني المدني؛ بيد أن قضاة الاستئناف حكموا على أساس عقد الوكالة. والتنكر للمبدإ الموجه أثير دعماً للطعن. وقد ردّت محكمة النقض هذا الطعن بحجة «أنه يعود إلى القاضي، الناظر في دعوى المسؤولية المبنية على التخلف عن موجب النصيحة الذي لا يمكن أن يتموضع في القضية الراهنة في الأرضية العقدية، إعادة الوصف الحقيقي للوقائع والأعمال

(1) الغرفة التجارية، 2 أيار 1983، Dalloz 1985، صفحة 368، تعليق A.JOLY.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 20، صفحة 9.

(3) H.CROZE et C.MOREL, Procédure civile، المرجع عينه، رقم 194، صفحة 196، حول التعارض بين الإجراء الاتهامي والإجراء التحقيقي. ويلاحظ المؤلفان أن القانون الجديد للإجراء المدني وسّع وظيفة القاضي المدني بأن فرض عليه إعادة الوصف، والتفسير الذي أعطته محكمة النقض للمبادىء الموجهة للدعوى يبطل هذه الملاحظة كما يبين ذلك الحكم المذكور سابقاً في 2 أيار 1983.

(4) J.VINCENT et S. GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، 1991، رقم 407، صفحة 326 وصفحة 327.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 18، صفحة 11.

المنازع فيها، بدون التوقف عند التسمية التي يمكن أن يكون الفريقان قد اقترحاها».

2) احترام حجية الشيء المحكوم فيه

126 ـ لا يكتسب الشيء المحكوم فيه سلطاناً مطلقاً ولا يُفرض على القاضي إلاّ عندما يكون قد حكم خلال القضية عينها في عواقب قرار سابق.

عندما تجتمع الشروط المبينة في المادة 1351 من القانوني المدني، يكتسب الحكم الذي بت بوصف العقد حجية الشيء المحكوم فيه. ولا يسع الفريقان في دعوى جديدة أن يدعيا أن اتفاقيتهما تشكل رهناً مع عقد فاسخ في حين أنه جرى الحكم في دعوى سابقة أن العقد المنازع فيه يجب أن يوصف ببيع مع شرط استرداد المبيع[1]. وجرى الحكم بالطريقة عينها بأن المتعاقدين لا يسعهما في مناسبة دعوى ثانية الادعاء بأن العقد الذي يربطهما كان يشكل حقاً عمرياً في حين أنه جرى الحكم سابقاً بأن الأمر يتعلق بعقد إيجار[2].

على أنه ليس للشيء المحكوم فيه حجية مطلقة حتى بين الفريقين. إن الأمر يتعلق بوسيلة دعم لمصلحة خاصة على الفريقين إثارتها[3]، إلاّ عندما يصدر الحكم خلال القضية عينها في مآل حكم سابق، وفي هذه الحالة تكون الوسيلة من الانتظام العام[4]. ويمكن إثارة وسيلة الدعم لأول مرة أمام قاضي النقض بدون أن تعلن أنها جديدة. وليست المحكمة التي عليها إثارتها تلقائياً ملزمة، استثناء للمبدإ العام، بالتطرق إلى شروحات الفريقين[5]. وبالتالي يمكن أن يرتدي وصف العقد حجية الشيء المحكوم فيه المطلقة وأن يكون مفروضاً على القاضي وعلى الفريقين.

II ـ وصف العقد من قبل محكمة النقض

127 ـ سبق أن رأينا أن وصف العقد ليس موجباً على القاضي دائماً. ولا يعني هذا

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 16 تشرين الثاني 1964، النشرة المدنية، III، رقم 498، صفحة 444.

(2) حكم الغرفة اجتماعية في محكمة النقض في 6 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 15، صفحة 12.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 كانون الأول 1986، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 286. انظر J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور آنفاً، رقم 2589، صفحة 771.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 225، صفحة 160 ـ الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 28 نيسان 1986، النشرة المدنية، II، رقم 67، صفحة 45 ـ الغرفة التجارية، 26 حزيران 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 171.

(5) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1984، الحكم المذكور سابقاً الذي استند إلى نظرية «وسيلة الدعم في القضية بالضرورة». انظر الرقم 124 السابق ـ الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 10 آذار 1993، النشرة المدنية، II، رقم 93، صفحة 50، التي استبعدت صراحة المطعن المستخرج من انتهاك المادة 16 من قانون الإجراء المدني.

المبدأ أن قضاة الأساس يملكون حرية كاملة في هذه المادة. إن مداه محصور في الحقيقة ومحدود بهذه الصيغة: لا يمكن أن يكون هناك مطعن بحق قضاة الأساس لعدم ممارستهم سلطة الوصف عندما لا يستند المتقاضون إلى الوصف الصحيح للاتفاقية. وبالمقابل تخضع المحاكم، عندما تصف الاتفاقية، لرقابة محكمة النقض التي تتحقق مما إذا كان الوصف المعتمد متوافق مع الوقائع التي يتحقق منها قضاة الأساس بسيادة.

وتراقب محكمة النقض الوصف الذي أعطاه قضاة الأساس فتحدد هكذا الطبيعة القانونية للعقود الخاصة ضمن حدود التفريق بين الواقع والقانون.

أ ـ مبدأ رقابة الوصف

128 ـ تراقب محكمة النقض وصف العقد الذي تبناه قضاة الأساس وتحدد التصنيفات بدقة.

تراقب محكمة النقض وصف العقد انطلاقاً من الوقائع التي تحقق منها قضاة الواقع بسيادة[1]. ويعود إليها بالفعل التحقق من وصف العقد ما دام أن قضاء أدنى لجأ إلى استنتاج

---

(1) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 8 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 225، صفحة 160 (كفالة) ـ النقض التجاري في 16 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 60، صفحة 40 ـ (وصف شرط تموين حاصر) ـ النقض التجاري في 3 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 335، صفحة 239؛ Dalloz 1993، صفحة 96 من الموجز، ملاحظة M.VASSEUR (وصف ضمان لدى أول طلب) ـ الغرفة المدنية الثالثة، 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 264، صفحة 163 (وصف إيجار حكري). الغرفة المدنية الثالثة، أول نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 108، صفحة 66؛ Dalloz 1993، صفحة 364 من الموجز، ملاحظة F.MAGNIN (وصف عقد بناء منزل فردي) ـ الغرفة المدنية الثالثة 11 كانون الأول 1991؛ Dalloz 1992، صفحة 43 من التقرير، Dalloz 1993، صفحة 362، ملاحظة F.MAGNIN؛ النشرة المدنية، III، رقم 316، صفحة 186 (وصف بيع عقار للبناء) ـ الغرفة المدنية الثالثة، 20 تشرين الثاني 1991 (حكمان)، النشرة المدنية، III، رقم 283 ورقم 284، صفحة 167 وصفحة 168: مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 33، صفحة 26 (وصف صفقة على أساس مبلغ إجمالي) ـ النقض التجاري في 9 نيسان 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 126، صفحة 91 (وصف بيع تسليم سفينة) ـ النقض الاجتماعي، 11 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، V، رقم 472، صفحة 285 (وصف مصالحة) ـ الغرفة المدنية الأولى، 10 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 5 ـ النقض التجاري في 7 حزيران 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 133 ـ النقض الاجتماعي في 11 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، V، رقم 516، صفحة 334 ـ الغرفة المدنية الأولى، 3 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 205 ـ النقض الاجتماعي، 25 كانون الثاني 89، النشرة المدنية، V، رقم 57، صفحة 33 ـ 20 أيار 1989، النشرة المدنية، V، رقم 392، صفحة 236 ـ 27 أيلول 1989، النشرة المدنية، V، رقم 548، صفحة 333 ـ 5 تموز 1989، النشرة المدنية، V، رقم 503، صفحة 304 ـ النقض التجاري، 5 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 1، صفحة 1 ـ 20 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 417، صفحة 348 ـ 6 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 4، صفحة 3 ـ الغرفة المدنية الثالث، 21 حزيران 1977، النشرة المدنية، III، رقم 270، صفحة 206 ـ النقض التجاري، 22 شباط 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 51 ـ 7 شباط 1977، Dalloz 1978، صفحة 702، تعليق NGUYEN PHU DUC ـ 7 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، =

قانوني انطلاقاً من وضع واقعي[1]. إنها وظيفة محكمة النقض التوحيدية. وهكذا تأكدت رقابة وصف العقد كمبدإ. وتقود ممارستها إلى تحديد المفاهيم القانونية.

ولوحظ أن الوصف «يظهر كمجابهة تعريف وحالة محسوسة». غير أن الوصف لم يعد بالتالي التصنيف وحسب وإنما التعريف أيضاً. إنه تعريف الحالة المحسوسة للإدخال في فئة سابقة الوجود. . . والمفهوم ذاته، بطريقة غير مباشرة، يتحدد أكثر. ويستدعي أي وصف، عن طريق المماثلة بوضع واقعي بمفهوم قانوني، حسب تعبير العميد MARTY، «تعريفاً لهذا المفهوم»[2].

ويعالج قاضي النقض التصنيفات عن طريق الوصف. وهو الذي يحدد عناصر اتفاقية وبنيتها ويفرقها عن عقود قريبة[3]، مقرراً ما إذا كان عنصر ما هو أصلي أو تابع. وهكذا يكيّف العقود المختلفة المعروفة ويجعلها متكيفة مع المنفعة الاجتماعية.

= IV، رقم 38، صفحة 35 ـ 17 أيار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 166، صفحة 141 ـ الغرفة المدنية الثانية، 7 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، II، رقم 287، صفحة 239 ـ النقض التجاري، 2 كانون الثاني 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 6، صفحة 5. انظر أيضاً الأحكام العديدة المستشهد بها في الجدول السنوي لمحكمة 1960 ـ 1969، V°، العقود والموجبات، رقم 263 وما يليه، صفحة 2561 وما يليها.

(1) انظر: Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 671 وما يليه، صفحة 539 وما يليها.

(2) انظر Fr. TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 2 وصفحة 3.

(3) انظر في شأن أمثلة قديمة النقض المدني، 10 تشرين الثاني 1861، يوميات الكتابة العدل، 1861، البند 17272، صفحة 637 وما يليها ـ النقض بمناسبة عريضة، في 21 نيسان 1879، يوميات الكتابة العدل، 1879، البند 22103، صفحة 406 وما يليها. وبالنسبة إلى أمثلة حديثة، الرقم 61 السابق، التعليق 48، والغرفة المدنية الأولى، 3 شباط 1982، النشرة المدنية، I، رقم 60، صفحة 51؛ فهرس Defrénois، 1982، البند 32927، رقم 101، صفحة 1632، ملاحظة G.VERMELLE. الاتفاقية المعقودة بين مستثمر مخيم ومالك قافلة متوقفة في قطعة الأرض مقابل عائدة وقد سرقت بعد ذلك ليست إيداعاً مأجوراً وإنما عقد إجارة لا يؤدي إلى أي موجب حراسة ـ النقض التجاري، 13 شباط 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 42، صفحة 28، الحكم بأن التفرغ عن حصص في الشركة لا يتحلل كتفرغ عن مؤسسة تجارية خاضعة للمادة 12 من قانون 29 حزيران 1935 ـ النقض التجاري، 6 حزيران 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 161، صفحة 111 ـ النقض التجاري 24 نيسان 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 79: «لا يمكن وصف هبة بياتة إلا شرط أن يوفر مسكن مستقل للموهوب له»؛ ويتبع ذلك بالتالي أن هبة رقبة الملك لولد في الشهر السابع عشر من عمره لا يمكن وصفها ببياتة ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 256، صفحة 145، التفريق بين عقد بناء منزل فردي وعقد مهارة العمل ـ النقض التجاري، 16 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 42 (تعريف عقد الإدارة الإيجارية لمؤسسة تجارية) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 337، صفحة 233 (تعريف شرط إمكانية الرجوع أو العدول) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 339، صفحة 234، الاتفاق المسبق على مبلغ المكافأة الصحيح ليس عنصراً أساسياً لعقد إجارة العمل ـ النقض الاجتماعي، 13 أيار 1992، النشرة المدنية، V، رقم 307، صفحة 192، تعريف المصالحة.

ب ـ حد رقابة الوصف

129 ـ تفريق الواقع عن القانون.

مهمة محكمة النقض معاقبة عدم توافق الحكم مع القواعد القانونية فقط (المادة 604 من قانون الإجراء المدني الجديد). إنها لا تنظر في أساس القضايا إلاّ أن يكون ثمة نص تشريعي مخالف (المادة 111 ـ L 2 من قانون التنظيم القضائي). وصلاحيتها محددة هكذا بالتفريق بين الواقع والقانون[1]. ويخضع وصف العقد أو إعادة وصفه لهذه القاعدة في الصلاحية وإحدى نتائجها هي تحظير وسائل دعم جديدة، أي تحظير وسائل الدعم التي لم يتم التقدم بها أمام قضاة الأساس (المادة 619 من قانون الإجراء المدني الجديد)[2].

ووسيلة الدعم المستخرجة من الوصف الخاطىء ينبغي إذاً أن تكون قانونية صرفاً عندما لا يجري التمسك بها أمام قاضي الواقع. وهذه الوسلة تم تعريفها كالوسيلة التي «لا تتطلب، من جهة محكمة النقض، أي تحقق ولا أي تقدير واقعي لم يقم بهما الحكم أو يقم لهما وزناً في علاقتهما مع جوهر الحكم المطعون فيه»[3].

وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في صيغة أكثر اختصاراً، بأن وسيلة الدعم هي قانونية صرف «طالما أنها لا تستند إلى أي اعتبار واقعي لا ينتج عما أعلنه قضاة الأساس»[4].

ويدخل وصف العقد عموماً معطيات واقعية كانت بالتأكيد في النقاش، إلاّ أن الحكم المطعون فيه لم يأخذ بها على وجه الخصوص. وبالتالي فإن العديد من وسائل الدعم التي تقترح وصفاً جديداً يتم إعلانها ممزوجة بالواقع والقانون، وانطلاقاً من ذلك غير مقبولة[5]. وهذا هو، على سبيل المثال، استبدال التفويض في الدين بحوالة عن الدين[6]. كما جرى الحكم أيضاً بأن وسيلة الدعم التي تتمسك بأن العقد ينبغي أن يوصف بامتياز بإجازة براءة[7] أو بوعد بضمان موافقة الغير[8]، هي جديدة وبالتالي غير مقبولة، ولا يمكن إعادة النظر في عقد شركة ما دام لم يتم التمسك أمام قضاة الواقع بأن نية المشاركة غير موجودة[9].

---

(1) J.BORÉ, La cassation en matière civile، المذكور آنفاً، رقم 1034 وما يليه، صفحة 365 وما يليها.

(2) J.BORÉ، المرجع عينه، رقم 2480 وما يليه، صفحة 741 وما يليها.

(3) J.BORÉ، المرجع عينه.

(4) 16 شباط 1994، النشرة المدنية، II، رقم 68، صفحة 53.

(5) J.BORÉ، المرجع عينه، رقم 2595، صفحة 772، الأمثلة المذكورة.

(6) النقض التجاري، 21 نيسان 1977، d'Abrigeon ضد شركة Petit Cavallax، الحكم رقم 19، والحكم رقم 308 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1980، S.A.G.O، ضد مصلحة الإسكان ببدل إيجار معتدل (HLM) لمدينة باريس، الحكم رقم 14، والحكم رقم 1209.

(7) النقض التجاري في 19 شباط 1964، النشرة المدنية، III، رقم 86، صفحة 76.

(8) النقض التجاري في 2 أيار 1966، النشرة المدنية، رقم 216، صفحة 194.

(9) النقض التجاري في 23 آذار 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 88، صفحة 81.

وتعاقب محكمة النقض أخيراً وصفاً مغلوطاً، وإنما ليس بإمكانها عموماً أن تستبدل به وصفاً جديداً اقترحه المدعي أو لم يقترحه في الطعن بسبب التفريق بين الواقع والقانون. وهذه الاستحالة التقنية تتعذر الإحاطة بها باللجوء إلى المادة 12، الفقرة 2، من قانون الإجراء المدني الجديد لأنها لا توجب على قاضي الأساس إعادة وصف الاتفاقية المنازع فيها إلاّ في حال وجود قاعدة من الانتظام العام.

ويفترض الوصف أحياناً تقدير نية الفريقين[1] حيث يصطدم في هذه الحالة مباشرة بسلطة قضاة الواقع السيدة.

والقاعدة المثارة تلطفها الإمكانية المعترف بها للفريقين ـ أو لمحكمة النقض ـ بإثارة وسائل دعم من الانتظام العام، شرط أن لا تكون عكس الفرضية المقدمة لقضاة الواقع[2]. وقد برهن أحد المؤلفين أن «تعريف الوسيلة الممزوجة بالواقع والقانون، في شأن الوسائل من الانتظام العام، هي ذاتها بالنسبة إلى قاضي النقض وقاضي الاستئناف: يكفي، لكي يعتبر المطعن من الانتظام العام قانونياً بحتاً وظاهراً بذاته، أن يرتكز على أي واقعة وأي مستند خطي لم يعرض على قاضي الأساس وأن لا يكون في النقاش»[3]. وفي الحالة المعاكسة يقتضي رد وسيلة الدعم لأنها مزيج من الواقع والقانون. وفي 13 شباط 1974 حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض[4] «بأن انتهاك قاعدة ما، حتى ولو كانت من الانتظام العام، لا يمكن التذرع به أمام محكمة النقض إذا كان يفترض معرفة الظروف الواقعية التي تطرح على قاضي الاستئناف». «إن طابع الانتظام العام لا يكون معترفاً به لتحظير بعض العقود لمصلحة عامة» إلاّ أن يكون هذا الشرط قد تم التقيد به»[5].

والانتظام العام مفروض على محكمة النقض كما على قاضي الأساس، وينجم عن ذلك تليين لشروط قبولية وسائل الدعم من الانتظام العام أمام هذه المحكمة. وهكذا يمكن التفكير، في احترام تفريق الواقع عن القانون، في أن محكمة النقض ملزمة بإثارة وسيلة دعم

---

(1) Fr.TERRÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 688، صفحة 553 وصفحة 554.

(2) انظر على وجه الخصوص حكم الغرفة التجارية في 7 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 270، صفحة 183 ـ حكم الغرفة الاجتماعية في 26 نيسان 1988، النشرة المدنية، V، رقم 257، صفحة 168. انظر كذلك حول المبدإ الذي بمقتضاه تكون وسيلة الدعم المناقضة للإدعاءات المعبّر عنها في الطلبات المتبادلة في الإستئناف غير مقبولة، ولو كانت من الانتظام العام، الغرفة المدنية الثانية، 14 آذار 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 187، صفحة 128.

(3) J.BORÉ, La cassation en matière civile المذكور سابقاً، رقم 2626. صفحة 781. ويضيف المؤلف: «إن شروط القبولية في النقض لوسيلة دعم من الانتظام العام هي بالتالي أوسع من شروط وسيلة الدعم القانونية الصرف؛ وتعريف وسيلة الدعم الممزوجة بالواقع والقانون هي على العكس أضيق في الحالة الأولى منها في الحالة الثانية» (رقم 2628، صفحة 781).

(4) النشرة المدنية، III، رقم 77، صفحة 58. انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1974، النشرة المدنية، III، رقم 320، صفحة 243.

(5) J.BORÉ، المرجع عينه، رقم 2657، صفحة 789، الاستشهادات العديدة الواردة. وكذلك النقض المدني، 25 حزيران 1907، 1908، S.، I، 81، تعليق R.DEMOGUE.

من الانتظام العام في حين بإمكانها فقط إثارة وسيلة دعم قانونية محض. إن قبولية هذه الوسيلة الأخيرة هي استثنائية بالتأكيد في ما يتعلق بوصف العقد، غير أنه ليس من شأنها إخفاء هذا التفريق الجوهري الذي هو ضمان فعالية الانتظام العام.

الفقرة 2 ـ الصلاحية المقيدة

130 ـ يبقى مبدأ التصرف بالدعوى، حتى المخفف[1].

قاعدة تسوس الدعوى. ولذلك أتاح قانون الإجراء المدني الجديد للفريقين تقييد القاضي بوصف العقد «بمقتضى اتفاق صريح وبالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها» (المادة 42 من قانون الإجراء المدني الجديد، الفقرة 3)، مما ينزع إلى البرهنة على أن وصف العقد ليس بحد ذاته من الانتظام العام. وقد جرى تقديم هذه الإمكانية بأنها مقيدة طبيعياً باستخدام إجراء العريضة المشتركة (المادة 57 والمادة 58 من قانون الإجراء المدني الجديد)[2].

وقبل تفحص شروط ممارسة السلطة المعترف بها للمتقاضين ينبغي تحديد مجال هذه السلطة.

I ـ مجال السلطة المعترف بها للمتقاضين بتقييد القاضي بوصف العقد

131 ـ لا يستطيع الفريقان تقييد القاضي إلاّ بالنسبة إلى الحقوق التي لهما حرية التصرف بها شرط عدم اعتماد وصف غير قابل لتسويغ شرعية ادعاء أحد المتقاضين.

132 ـ التفريق الضروري بين الانتظام العام للإدارة والانتظام العام للحماية.

تخضع إمكانية تقييد القاضي بوصف ما لحرية التصرف بالحقوق المطالب بها. وليس ثمة شك إذاً في أن الانتظام العام يشكل حد هذه السلطة.

على أنه يجدر التفريق حسب طبيعة الانتظام العام القابل للتأثير في الحقوق المطالب بها وهي موضوع الاتفاق. وفي ما يتعلق بالانتظام العام للإدارة، سواء أكان خلقياً أو سياسياً أو اقتصادياً أو اجتماعياً، لا يمكن أن يكون هناك أي اتفاق معدّ لتقييد القاضي ممكناً. ويجب أن نضيف إلى هذه الفئة التقليدية الانتظام العام المتعلق بالدعوى. عندما يكون مفعول الاتفاق على الوصف تعديل قواعد الصلاحية المعتبرة آمرة، يجب إعلان هذا الاتفاق غير شرعي حتى ولو كان للفريقين حرية التصرف في أساس القانون[3]. وبالمقابل، عندما يقود

---

(1) J.VINLENT et S.GUINCHARD, Procédure civile، الطبعة 22، موسوعة Dalloz، رقم 381 وما يليه، صفحة 306 وما يليها.

(2) انظر J.MIGUET, Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit, Mélanges HÉBRAUD، تولوز، صفحة 567 وما يليها.

(3) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 579 وصفحة 580: «ينبغي وضع الحد بأن تقييد القاضي يجب أن لا =

وصف الاتفاقية إلى تطبيق قواعد معدة لحماية أحد المتعاقدين، لا يمكن لأي نص أن يتعارض مع أن يقوم المتقاضي بالعدول عن هذا الوصف لتبني وصف آخر بالاتفاق مع خصمه. والتحقق الوحيد على عاتق القاضي يرتكز على تحديد ما إذا كان العدول قد أعطي بشكل سليم[1].

133 ـ ينبغي أن لا يكون وصف العقد في تناقض مع ادعاء أحد الفريقين.

هذا الشرط غير وارد في النص إلاّ أنه مفروض تجاه مفهوم قضاء المنازعات. يطلب أحد الفريقين مثلاً استرداد مال يتمسك بأنه ما زال مالكه. وليس بإمكان الفريقين تبني وصف الهبة للعقد الذي بموجبه كان المال قد جرى رده، لأن ذلك يعني الاعتراف بحق الخصم[2]. والمادة المنازع فيها سيمنعها الوصف ولن يكون للدعوى أي سبب للوجود. ولا يسع القاضي إلاّ أن يرد ادعاء الاسترداد. وبالمقابل بإمكان الفريقين تقييد القاضي باختيار وصف الإيداع بدلاً من وصف القرض. والمسألة المنازع فيها، أي الاسترداد، تبقى بحاجة إلى البت بها وإنما على أساس وصف ممكن تجاه موضوع النزاع. وقد لخص السيد Miguet نتيجة هذا التحليل بهذه التعابير: «يجب أن لا يكون الوصف المختار في تناقض مع ما جرى طلبه، ينبغي أن يكون وصفاً ممكناً بالنسبة إلى الوضع الواقعي وغايات الادعاء الحقيقية»[3].

والإمكانية المتروكة للمتقاضين في تقييد القاضي بوصف ما ليست إذاً ممتدة إلى الحد الذي يمكن أن يدعو إلى الاعتقاد به مجرد قراءة قانون الإجراء المدني الجديد، ذلك بأن القانون يعود طبيعياً إلى وظيفة القاضي وليس إلى الفريقين، وأن هذه الإمكانية لها مفعول السماح للقاضي بانتهاك القانون بتطبيق خاطىء[4].

ويتساءل السيد Miguet أيضاً حول نتائج وصف منحرف بالنسبة إلى الوضع الواقعي وإلى الادعاء، وهو يرى أن على القاضي في هذه الحالة أن يتمكن من الخروج من هذا الطريق المسدود بأن يعلن أن الدعوى غير مقبولة لغياب المصلحة[5]. ويمكن التقدير بجذرية أقل أن على القاضي فقط رد الادعاء باعتباره غير قابل للتجاوب مع الوصف المقترح. إن الدعوى مقبولة وإنما غير مسوّغة.

= يؤدي إلى انتهاك قاعدة الصلاحية من الانتظام العام». ويأخذ المؤلف كمثال وصف الدين المدني في حين أن الدين هو في الحقيقة تجاري، مما له مفعول إعطاء صلاحية لمحكمة البداية (القاضي الوحيد) في حين أن هذه المحكمة هي غير ذات صلاحية عادة.

(1) انظر حول العدول عن الانتظام العام للحماية، الرقم 122 السابق.

(2) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 577 وصفحة 578.

(3) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 581.

(4) انظر: J.MIGUET، المقالة المذكورة سابقاً.

(5) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 580 وصفحة 581.

II ـ شروط ممارسة سلطة الاعتراف للمتقاضين

بتقييد القاضي عن طريق وصف العقد

134 ـ يتحلل الاتفاق الذي يشير إليه قانون الإجراء المدني الجديد كاتفاقية تخضع بهذه الصفة للنظرية العامة للعقد[1]. ويتعلق الأمر بتحديد الزمن الذي يكون العقد فيه مبرماً بشكل صحيح، والتعبير عن رضا الفريقين، ومدى هذا الاتفاق بالنسبة إلى طرق المراجعة.

أ ـ زمن تكوين العقد

135 ـ سلطة تقييد القاضي عن طريق وصف العقد لا يمكن أن تتدخل إلاّ أن يكون النزاع قد نشأ.

لا يحدد قانون الإجراء المدني الجديد الزمن الذي تكون فيه الاتفاقية التي يكون موضوعها تقييد القاضي عن طريق وصف العقد قد تكونت بوجه صحيح. فهل يجب أن نخلص من ذلك إلى أن الفريقين عند إبرام اتفاقيتهما كان بإمكانهما منذ ذلك الوقت توقع أن الوصف المعتمد، في حالة النزاع، يفرض على القاضي؟

إن الفريقين، بمقتضى هذا البند، يتعهدان، قبل أي نزاع، بعدم الإخضاع لصلاحية المحاكم إلاّ قسماً من نزاعهما المحتمل. وهما، بطريقة ما، يتصالحان على نزاع سوف يحدث.

وفي هذه الرؤية يجب وصف الاتفاق بأنه مصالحة. والمادة 2044 من القانون المدني تعرف هذه المصالحة بأنها: «عقد بموجبه ينهي الفريقان خلافاً نشأ، أو يتوقعان خلافاً سوف ينشأ». وتتيح المصالحة للمتعاقدين أن يتجنبا سلفاً وضع يد القاضي على النزاع المحتمل. ويمكن أن نستنتج من ذلك أن تقييد القاضي يكون ممكناً منذ إبرام الاتفاقية.

ولهذا التحليل حسنات أكيدة. فالمصالحة ترتدي حجية الشيء المحكوم فيه (المادة 2052 من القانون المدني)، وتفرض على الفريقين وعلى القضاة، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التساؤل حول ضرورة تكرار الاتفاق في الاستئناف[2] أو عند طلب النقض[3]. وتقييد القاضي يكون نهائياً. وإضافة إلى هذه الحسنة ينبغي بيان أن المصالحة تتيح للفريقين العدول وإخضاع خلافهما المحتمل للسلطة الدّولية (أي المتعلقة بالدولة) في حين أن شرط التحكيم في المادة المدنية محظور (المادة 2061 من القانون المدني).

على أنه من غير الأكيد أن وصف المصالحة يمكن أن يكون مقبولاً بسهولة إلى هذه

---

(1) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 580 وما يليها.

(2) انظر الرقم 138 اللاحق.

(3) انظر الرقم 139 اللاحق.

الدرجة. وبالفعل لا يكفي أن يتوقع الفريقان نزاعاً سوف ينشأ. يجب كذلك أن يتفقا على تنازلات متبادلة[1]. ومن المشكوك فيه، بالنسبة إلى هذا التطلب، أن يكون بالإمكان وصف الاتفاق بالمصالحة. فالفريقان، بعدولهما حتى المتبادل عن المنازعة في طبيعة عقدهما، لا يتفقان حقيقة على التنازلات المتبادلة. إنهما يعدلان وحسب عن حق بدون أن تكون هذه التنازلات معوضاً عنها بمنافع ما. من الصنعي إذاً تقدير أن تقييد القاضي هو مصالحة.

والمصالحة، في القانون المدني، هي الاتفاقية الوحيدة التي تتيح لمن هو أهل للحق استبعاد نزاعات سوف تنشأ عن المحاكم. والمصالحة، لأنها لست تقييداً للقاضي، لا يمكن أن تتدخل إلاّ أن يكون النزاع قد نشأ.

وهذه الخلاصة تفرض نفسها أيضاً في أرضية العدول. من الممكن دائماً العدول عن حق، غير أنه عندما يكون من الانتظام العام يجب كذلك أن يكون هذا الحق مكتسباً[2]. إن المتعاقدين يعدلان هنا سلفاً عن حق إخضاع نزاعهما الذي لم يولد بعد. والحال أن حق اللجوء إلى القضاء يبدو أنه من الانتظام العام[3]، على الأقل في القانون المدني، طالما أن شرط التحكيم محظور عندما يرد في عقد مدني حتى في عقد مختلط. وهكذا ينبغي أن يُحرم العدول المسبق من أي مفعول. ولا يستطيع المتعاقدان تقييد القاضي عن طريق وصف العقد إلاّ أن يكون النزاع قد نشأ.

ب ـ التعبير عن الرضا

136 ـ يكفي في القانون العام (droit commun) تلاقي الإيجاب والقبول لتكوين العقد[4]، والتعبير عن الرضا لا يتطلب عموماً إبداءً صريحاً للإرادة[5].

واتفاق المتنازعين حول الوصف ـ ذي الطابع العقدي ـ يجب، بالمقابل، أن يكون صريحاً. وهذا التطلب ناتج عن المادة 12 من قانون الإجراء المدني الجديد. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 15 تشرين الأول 1979[6]، «بأن مجرد التطابق بين طلبات الفريقين المتبادلة لا يشكل الاتفاق الصريح الذي بمقتضاه بإمكانهما، استناداً إلى

---

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، المصالحة، 1976، تأليف L.BOYER، رقم 18 وما يليه.

(2) انظر موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، العدول، 1989، تأليف DREIFUSS-NETTER، رقم 70 وما يليه.

(3) تنص المادة 6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية علناً عل أن «أي شخص له الحق في أن تسمع قضيته بإنصاف وعلناً وفي مهلة معقولة من قبل محكمة مستقلة وغير متحيزة يقيمها القانون، إمّا حول النزاعات في حقوقه وموجباته ذات الطابع المدني، وإمّا في شرعية أي اتهام موجه ضده...».

(4) انظر تكوين العقد، رقم 286 وما يليه.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 395.

(6) النشرة المدنية، III، رقم 175، صفحة 136.

المادة 12 من قانون الإجراء المدني الجديد، تقييد القاضي بالوصف والنقاط القانونية التي يتوخيان منها تحديد النقاش، وأن محكمة الاستئناف، في غياب اتفاق كهذا، تمكنت من إعادة الوصف الحقيقي لعقد 26 نيسان 1970 الذي كان في النقاش، وبذلك يخضع لمناقشة وجاهية»[1].

ج - مدى الاتفاق بالنسبة إلى طرق المراجعة

137 - يجدر تفحص مدى الاتفاق بالنسبة إلى الاستئناف، ثم بالنسبة إلى الطعن للنقض.

138 - تكرار الاتفاق في الاستئناف.

جرى طرح مسألة ما إذا كان الاتفاق الصريح للمتقاضيين يجب تكراره في الاستئناف أم لا[2]. وقد أخذ السيد Miguet، بعد أن استبعد النقاش على أرضية طبيعة الاستئناف، بأن «تقييد (القاضي) يجب أن يحدد في الدعوى الأولى مع احتمال قيام الفريقين بتقييد قاضي الاستئناف باتفاق صريح جديد. ولهذا الحل أيضاً حسنة تأمين حماية أفضل للفريق الذي أعطى موافقته بلا تبصر ويتبين له أن هذا الاتفاق أضر به في الدعوى الأولى»[3].

لا يمكن الأخذ بهذا التحليل بدون تحفظات. فاتفاق الفريقين يشكل عقداً، وأحياناً عقداً قضائياً عندما يتدخل خلال الدعوى، شرط أن يتحقق منه القاضي[4]. ومبدأ القوة الملزمة التي سنتها المادة 1134 من القانون المدني منذور بالضرورة إذاً للتطبيق. ولا يمكن السماح لأحد الفريقين بأن ينكر ثانية تعهده الأحادي الجانب بحجة أن الاتفاق أضرّ به. وكل فريق احتفظ بحق رفع استئناف، وبالتالي، حسب التحليل المبين، بإعادة النظر في فحوى العقد، يكون قد احتفظ بالحق المطلق بالعودة إلى العقد. وهكذا يكون هذا الاتفاق خاضعاً لشرط إرادي بحت، ولن يكون موجوداً لأن أي فريق لن يكون مجبراً على ذلك حقاً، ولن يكون الأمر غير ذلك إلاّ أن يكون الفريقان قد حددا صراحة مدى اتفاقهما في الدرجة الأولى من المحاكمة. بيد أن هذا التحديد، عدا الفائدة المشكوك فيها لهذا الاشتراط، لا يمكن أن يفترض افتراضاً. والحل الذي ينادي به السيد Miguet لا يمكن الأخذ به بالتالي انطلاقاً من براهين مقدمة.

---

(1) قارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 أيار 1991، النشرة المدنية، II، رقم 142، صفحة 76، الذي حكم، في مادة البيّنة، بما يلي: «إن محكمة الاستئناف لم تكن ملزمة بأن تعتبر أن الوقائع المتذرع بها كانت ثابتة بسبب التسويغ الوحيد بأنها لم تكن موضع نزاع صريح من قبل الفرقاء الآخرين. ..».

(2) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 585.

(3) J.MIGUET، المرجع عينه، صفحة 588.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 نيسان 1980، النشرة المدنية، I، رقم 116، صفحة 96 - الغرفة المدنية الثانية، 14 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، II، رقم 313، صفحة 155.

إن طبيعة دعوى الاستئناف هي التي يمكن أن تحدد ما إذا كان تقييد القاضي ينبغي أن يتكرر أم لا أمام الاستئناف، إذ لوحظ أن المسألة، في حالة استئناف محدود بنقطة متنازع فيها غير مشمولة بالاتفاق، هي بدون موضوع. وكانت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض قد أكدت علناً بتاريخ 10 شباط 1961 في حكم Matinier «أن دعوى الاستئناف ليست، في الدرجة الثانية، سوى استمرار للدعوى التي افتتحت بإحدى أوراق محضري الدعوى»[1]. وكان التأكيد بدون تحفظ، وكان قابلاً للتأويل من قبل الهيئة العامة بكامل أعضائها في 3 نيسان 1962[2] التي حكمت بما يلي: «دعوى الاستئناف المتميزة ينبغي على العكس أن تكون خاضعة للنصوص خارج الحالات التي يبقى فيها تطبيق أحكام القانون القديم ضرورياً لتسوية طوارىء الإجراء الأولي». وهكذا يكون الاستئناف، حسب هذا الحكم وحجيته اسمى من الحكم الصادر في 10 شباط 1961، دعوى متميزة ما عدا الاستثناء. والهيئة العامة تتحفظ فقط بالنسبة إلى حالة طوارىء الإجراء الأولي. وتكفي، في ما عني مقصدنا، ملاحظة أن المبدأ المأخوذ به (سابقاً لإصدار قانون الإجراء المدني) يتضمن استثناء رسمت حدوده معطيات النزاع المحال إلى محكمة النقض (تطبيق القانون في الزمان). ويمكن التفكير، بصورة عامة، في أن دعوى الاستئناف لها طابع أصلي هو بمثابة مبدإ كما يدعو الاعتقاد بذلك بعض أحكام قانون الإجراء المدني الجديد[3]، بيد أن هذه الأصالة ليست مطلقة، ومن هنا وجود بعض الاستثناءات التي تبرهن عليها أحكام أخرى من هذا القانون[4].

يقتضي إذاً أن نعرف ما إذا كان الاتفاق الصريح الوارد في المادة 12 من قانون الإجراء المدني الجديد مرتبطاً بالمبدإ أم أنه يعود لمجال الاستثناء. إن الجواب قابل للتأويل، ويرتبط بتطور النزاع أمام قضاء الدرجة الثانية، فإذا كان الأمر متعلقاً فقط بإعادة النظر في الحكم المطعون فيه، بدون أن يتم التذرع بوقائع جديدة أو بدون أن يتدخل أشخاص ثالثون في دعوى الاستئناف، فإن تقييد القاضي يعود إلى الاستثناء. فالاتفاق إذاً غير مطروح تلقائياً للبحث من جديد. وبالمقابل إذا كان النزاع يظهر في جو جديد حقيقي، فإن الاتفاق الصريح يجب أن يكون بالإمكان اعتباره عديم المفعول لأنه يستهدف وضعاً مختلفاً. فمن غير الممكن بداهة إذاً الادعاء بأن تقييد القاضي لا يفرض على الفريقين خلال دعوى الاستئناف والعكس بالعكس. ويتوقف كل شيء على الظروف الخاصة بكل حالة.

---

(1) النشرة المدنية، II، رقم 113، صفحة 82، Dalloz 1961، صفحة 443، تعليق P.HÉBREAUD؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1961، II؛ 12085، تعليق P.RAYNAUD.

(2) انظر على سبيل المثال إمكانية التصدي للدعوى المنصوص عليها في المادة 568 من قانون الإجراء المدني الجديد، والإمكانية المحدودة بالتأكيد في الإدخال القسري المنصوص عليها في المادة 555 من قانون الإجراء المدني الجديد.

(3) انظر كمثال المفعول الناقل للاستئناف، المادة 561 من قانون الإجراء المدني الجديد، ومبدإ منع الادعاءات الجديدة في قضية الاستئناف، المادة 564 من قانون الإجراء المدني الجديد.

139 ـ مدى تقييد القاضي تجاه دعوى النقض.

يرى السيد Miguet أن دعوى النقض مستقلة. ويستنتج من ذلك أن اتفاق الفريقين في الدعوى السابقة لا يقيد قاضي النقض. والمتقاضون، حسب المؤلف، لا يمكنهم تقييد قاضي النقض في غياب نص خاص في قانون الإجراء المدني الجديد. فتكون السلطة المعترف بها للمتقاضين غير قابلة للتطليق أمام محكمة اللنقض، وهي بالتالي في النهاية غير فعالة[1]. وهذا التحليل لا يمكن الأخذ به.

مما لا طائل تحته التساؤل حول طبيعة دعوى النقض للإجابة على السؤال المتعلق بمدى تقييد القاضي. وتكفي الملاحظة، حسب المادة 604 من قانون الإجراء المدني الجديد، أن «الطعن للنقض ينزع إلى جعل محكمة النقض تنقض الحكم المطعون فيه لعدم توافقه مع القواعد القانونية». والإمكانية المتروكة للفرقاء في تقييد القاضي هي تطبيق لقاعدة قانونية. إنها تضيق صلاحية قاضي الواقع وتحدد موضوع النزاع. فليس على قاضي النقض إذاً تقدير وصف العقد الذي اعتمده الفرقاء حتى ولو كان غير صحيح، وإلاّ أن تنكر للمادة 4 من قانون الإجراء المدني الجديد الواردة في الكتاب الأول من هذا القانون: أحكام مشتركة بين السلطات القضائية جميعاً. عليه فقط التحقق مما إذا كان القضاء الأدنى قد احترم القانون، أي اتفاق الفرقاء حول الوصف واستنتج من ذلك، تجاه الظروف الواقعية، المتحقق منها بسيادة، النتائج التي تفرض نفسها. وقاضي النقض مقيد باتفاق الفرقاء كقاضي الاستئناف، حتى ولو كان بإمكانه تقدير وجود الاتفاق[2].

وينزع الطعن للنقض، وهو طريق مراجعة استثنائية، فقط إلى رقابة قانونية الأحكام تجاه معيار مطبق على النزاع كما الفرقاء وليس تجاه معيار مجرد وعام. وتنزع رقابة النقض، عندما يكون القاضي مقيداً بالوصف، إلى الاقتراب من مراجعة الأبطال المنصوص عليها في مادة التحكيم الداخلي في المادة 1484 من قانون الإجراء المدني الجديد. وعلى محكمة النقض فقط التثبت من أن المبادىء الأساسية للإجراء المدني، كالوجاهية مثلاً، جرى احترامها وينبغي عدم نسيان أن الدعوى تبقى ملك الفرقاء (المادة 1 من قانون الإجراء المدني الجديد).

---

(1) المرجع عينه، صفحة 590 وصفحة 591.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 10 تشرين الأول 1979 المذكور سابقاً.

الباب الفرعي II

مدة تنفيذ العقد

140 ـ يمكن أن تتعلق المدة في العقد بتكوينه وبتنفيذه.

من الشائع الكلام على «مدة العقد». والتعبير ملتبس ويخفي حقيقة معقدة بصورة خاصة. ومما لا غنى عنه التفريق بين مختلف الطرق في تفحص المدة في العقد.

ويمكن أن تؤثر المدة في أول الأمر في تكوين العقد[1]. وغالباً ما تتموضع، بين المبادرة التي يشكلها الدخول في المفاوضات، أو الإيجاب، وإبرام العقد، فترة سابقة للتعاقد يمكن أن تكون أحياناً لمدة طويلة. ويقترن تعقيد العقود العصرية، الدراسات التي يتطلبها ليس من أجل معرفة المعطيات الواقعية وحسب، وإنما أيضاً قواعد الانتظام العام المطبقة، والأذونات الضرورية في الغالب، ولا سيما في مادة سعر الصرف أو المدينية، لإطالة الفترة السابقة للتعاقد.

ويمكن، خلال هذه الفترة، أن تبرم عقود تمهيدية. ويتموضع تنفيذها في تكوين العقد التي تهدف إلى تكوينه. وعلى سبيل المثال يقود تنفيذ عقد مبدئي يتعهد فيه الفرقاء بالتفاوض بحسن نية حول إبرام عقد محدد، في حال نجاح هذه المفاوضات، إلى تكوين العقد المنشود.

على أن تفحص المدة في العقد هو بصورة أعم في صدد تنفيذه، غير أنه ينبغي في هذا الصعيد إجراء تفريق جديد.

141 ـ ينبغي تفريق «مدة تنفيذ العقد» عن «مدة وجود العقد» و «مدة فعالية العقد».

تبدأ مدة وجود العقد من تاريخ إبرامه وتنتهي في نهاية الاتفاقية. وهذه النهاية يمكن أن تنتج عن حله أو فسخه أو إبطاله، بيد أنها ستكون طبيعياً نتيجة تنفيذه.

إن تفريقات جديدة هي ضرورية على صعيد تنفيذ العقد.

ويُفهم على وجه العموم من تنفيذ العقد تنفيذ الموجب الأصلي الذي أنشأه العقد، أو،

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 286 وما يليه، ولا سيما رقم 329 وما يليه حول الفترة السابقة للتعاقد.

إذا تعلق الأمر بعقد ملزم للطرفين، تنفيذ الموجبات الأصلية للفريقين. ففي البيع مثلاً يتعلق الأمر بتسليم الشيء ودفع الثمن.

وعندما يتأخر تنفيذ الموجب الأصلي أو الموجبات الأصلية بأجل موقف تفترق مدة وجود العقد، ونقطة انطلاقها التكوين النهائي للعقد، عن مدة تنفيذه التي تنطلق اعتباراً من حلول الأجل الموقف الذي يحدد استحقاق تنفيذ الموجبات الأصلية. ومدة وجود العقد ومدة تنفيذه لهما، بالمقابل، نقطة القدوم عينها: تنفيذ الموجبات الأصلية. وإذا اتفق الفريقان مثلاً على تأخير تسليم الشيء لشهرين بالنسبة إلى إبرام البيع ولثلاثة أشهر للدفع بالنسبة إلى هذا التسليم تكون مدة وجود العقد خمسة أشهر، في حين أن مدة التنفيذ تكون ثلاثة أشهر فقط، وهي فترة محصورة بين حلول أجل تنفيذ أحد الموجبات الأصلية وتنفيذ الموجب الأصلي للفريق الآخر.

ويتعقد التحليل إذا أخذنا في الحسبان ما ينشئه العقد أيضاً من موجبات تابعة. وهكذا يلزم البائع، بالإضافة إلى تسليم الشيء، بموجب ضمان العيوب الخفية أو نزع اليد. وللأخذ في الحسبان هذا التنوع يمكن، باستعادة تعبير من نظرية حديثة[1]، الكلام على مدة فعالية العقد[2].

ولهذه المدة نقطة انطلاق التنفيذ عينها التي تشكل بديلة. بيد أن نقطة قدومها تمتد إلى أبعد من تنفيذ الموجبات الأصلية حتى سقوط الموجبات التي ينشئها العقد جميعاً. وبمقدار ما يجري تفحص عدد غير محدود من الموجبات حيث يمكن أن يسقط كل منها في آونات مختلفة يغدو ضرورياً الكلام، في صيغة الجمع، على مُدَد فعالية العقد. وذلك ضروري إلى درجة أن ثمة مجالاً، ما دام أننا نكون في أرضية كل من الموجبات، للأخذ في الحسبان ما يمكن أن يتموضع فيه تنفيذها في آونات مختلفة. وهكذا يمكن أن يكون لمدة تنفيذ العقد نقطة انطلاق سابقة ونقطة قدوم لاحقة لنقاط انطلاق مدة التنفيذ. وستكون مدة فعالية العقد بصورة عامة أطول من مدة تنفيذه.

والتفريق هام ليس من وجهة نظر نظرية وحسب وإنما من وجهة نظر عملية.

ويمكن التفريق بشكل عقلي بالإسناد فقط إلى تنفيذ الموجبات الأصلية بين العقود المعدّة للتنفيذ المتعاقب[3]. والبيع نقداً مع التسليم الفوري هو النموذج بالذات للعقد ذي

---

(1) I.PETEL, Les durées d'efficacité du contrat، أطروحة في مونبيليه I، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 7، صفحة 5 وصفحة 6.

(2) لاحظت الآنسة Petel في هذا الصدد ما يلي: ليس العقد (إذن) فعالاً بمجرد إنشاء الموجب الذي يضع نقطة انطلاق وجود الموجب وليس فعالية العقد» ونقطة انطلاق فعالية الاتفاقية تكوّنها إذاً الآونة التي يغدو فيها الموجب مستحقاً. ويبدأ مفعول العقد عندما يجتمع عنصران: ولادة الموجب واستحقاقه». وأضافت: تتماثل مدة فعالية العقد إذاً بمدة استحقاق الموجب وليس بمدة وجوده الأوسع في الغالب، ولا بمدة تنفيذه الأضيق أحياناً». (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 7، صفحة 5 وصفحة 6).

(3) لاحظت الآنسة Petel أن «دراسة مدة مفاعيل الاتفاقية تبقى إجمالية دائماً؛ أنها تجري على مستوى العقد الذي يوصف تنفيذه بالفوري أو المتعاقب أو المتدرج» (الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 12، صفحة 11). وهي تعارض هذا التحليل بملاحظة أن العقد ينتج عدة مفاعيل نقاط انطلاقها ونقاط قدومها مختلفة. فبعض =

التنفيذ الفوري. على أن الموجب التابع للضمان يمكن أن يطيل الفعالية بعيداً عن مدة التنفيذ الفوري. كما أن بيعاً عن طريق الاشتراك يتضمن تسليمات متكررة خلال فترة معينة يوصف بعقد ذي تنفيذ متتابع أو متدرج يحوي أجلاً محدداً. وإذا أخذنا في الحسبان موجب ضمان العيوب الخفية الملقى على عاتق البائع، في الوضع الحالي لقانوننا، فإنه يفتح أمام الشاري باب دعوى نقطة انطلاقها اكتشاف العيب. وهذا الاكتشاف يتموضع في تاريخ غير محدد، وهكذا تكون مدة فعالية العقد، بخلاف مدة تنفيذه، مدة غير محددة. ويمكن أن تضاعف الأمثلة[1]. والتفريق بين العقودة لمدة محددة وغير محددة يفقد الجوهري من معناه إذا تفحصنا مدة فعالية العقد بدلاً من تحديد مدة تنفيذه.

ويبدو، كقاعدة عامة بدون إهمال حقيقة مفهوم مدد فعالية العقد، من الأفضل عدم العمل على تفجير هذا العقد لصالح تحليل مركّز حصراً في تنوع الموجبات التي ينشئها. ومدة تنفيذ العقد في النهائية هي التي تبقى جوهرية بالتالي وتتوافق بصورة أفضل مع التفريقات التقليدية التي تستمر منفعتها على الأقل جزئياً، رغماً عن الانتقادات التي تتعرض لها. فمدة تنفيذ العقد إذاً هي التي سنرجع إليها طبيعياً، عدا تحديداً خاصاً.

على أن ثمة بعض العقود التي تكون فيها مدة الفعالية متعلقة بموجب أصلي. والمثال النموذجي هو نموذج الكفالة. فالكفيل في هذه الحالة ملزم بموجبين، موجب تغطية وموجب تسديد[2]. ويناظر الموجب الأول تحديد مدة الدين المكفول. . وهكذا يعين الاستحقاق نقطة قدوم مدة تنفيذ العقد؛ إلاَّ أن الكفيل لن يتحرر لأن موجب التسديد يمكن أن يستمر ويشير إلى مدة فعالية العقد. وهكذا مثلاً حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض في 11 أيار 1993[3] بأن «الكفيل الذي تعهد بالضمان بدون تحديد الموضوع ولا المدة، والموجبات المتعاقد عليها أو التي ستكون على عاتق المدين تجاه الدائن، عليه أن يضمن جميع الموجبات المدة المحددة المتفق عليها قبل التحقيق الأحادي الجانب للكفالة حتى ولو استمر تنفيذ هذه الموجبات استناداً إلى اشتراطات عقدية بعد تاريخ هذا التحقيق».

إن هذا التفريق موجود أيضاً في مادة التأمين وقد أدانت محكمة النقض الممارسة التي ترتكز بالنسبة إلى المؤمَّن على إخضاع ضمانه لتطلب تصريح بالحادث يقدمه المؤمَّن خلال

= الموجبات سيكون بتنفيذ فوري، وأخرى بتنفيذ مستديم. واستنتجت من ذلك أن «الفعالية تتجلى عدة مرات وكذلك توقف الفعالية أيضاً» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 15، صفحة 15). ولذلك لم تدرس مدة العقود وإنما مدد فعالية العقد رافضة هكذا التفريق التقليدي.

(1) جرى الحكم مثلاً بأن «موجب حفظ السر الذي يلزم به المصرفي لا يتوقف مع تحقيق عقد الحراسة المبرم مع «زبونه»، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 197، صفحة 136.

(2) Ph. SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes، الطبعة الثانية، منشورات Litec، 1991، رقم 204.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 125.

فترة الضمان[1]. وفي عرف الغرفة المدنية الثالثة «تسديد العلاوات للفترة الكائنة بين سريان مفعول عقد التأمين وانقضائه له، كمقابل ضروري، ضمان الأضرار التي يكون مصدرها فعل حصل خلال هذه الفترة، واشتراط وثيقة التأمين التي بمقتضاها لا يكون الضرر مضموناً إلاّ أن يكون تصريح الضحية، الضروري في أي حال لتطبيق تأمين المسؤولية، قد جرى تقديمه خلال فترة صلاحة العقد، يؤدي إلى حرمان المؤمَّن من الاستفادة من التأمين بسبب فعل لا ينسب إليه وإلى خلق نفع غير مشروع لأنه مجرد من السبب لصالح المؤمِّن وحده الذي يكون قد استوفى علاوات بدون مقابل، وهذا الاشتراط يجب بالتالي أن يعتبر غير خطي»[2]. كما تبنت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا التحليل[3] الذي لا يتعلق مع ذلك بعقود تأمين المسؤولية المتوافقة مع الأنماط النموذجية الموضوعة وفقاً لنصوص تنظيمية[4]. فمدة فعالية عقد التأمين لا تتوافق إذاً مع مدة تنفيذه.

يبقى بيان أن المدة في تنفيذ العقد، سواء تعلق الأمر بوجوده أو بتنفيذه أو بفعاليته، يجب تفريقها أيضاً عن مدة الحقوق، غير إنشاء الموجبات، التي يولدها أو ينقلها. وهكذا مثلاً تكون مدة حق الملكية، من حيث المبدأ، مستقلة عن مدة العقد الذي نقلها[5].

142 ـ مفاهيم «العقود ذات التنفيذ الفوري» و «المتعاقب» و «المتدرج».

يجهل القانون المدني تصنيف العقود المبنية على مدة التنفيذ، حتى ولو كانت تستنتج من بعض الأحكام الخاصة[6]. ويواجه النقد تقليدياً العقود ذات التنفيذ الفوري أو العقود الفورية بالعقود ذات التنفيذ المتعاقب أو العقود المتعاقبة[7]. وقد تم مؤخراً إدخال فئة ثالثة قدمها بعضهم كوسيطة وبعضهم الآخر كفرع من العقود ذات التنفيذ المتعاقب العقود المتدرجة أو ذات التنفيذ المتدرج.

ويوصف العقد عموماً بعقد تنفيذ فوري عندما يتم تنفيذ الموجبات في فترة وجيزة[8]

---

(1) انظر: G. VINEY, La clause dite «de réclamation de la victime en assurance de responsabilité، مصنف الاجتهاد الدوري، 1994، I، 3778، صفحة 337، الذي سعى إلى الإشراف على وضع الاجتهاد وأيّده.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 179، صفحة 111.

(3) 28 نيسان 1993، النشرة المدنية I، رقم 148 صفحة 99. ـ 9 أيار 1994، نشرة محكمة النقض 1994، رقم 632. ـ 30 آذار 1994، نشرة محكمة النقض 1994 رقم 10، صفحة 7 و 8.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 157؛ تقرير محكمة النقض، 1993، صفحة 337.

(5) انظر بهذا المعنى LPETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 7 وصفحة 8.

(6) انظر على سبيل المثال المادة 1910 من القانون المدني التي تفرق الدخل الأبدي عن الدخل العمري، والمادة 1758 من القانون المدني في ما يتعلق بمدة إيجار شقة مؤثثة، والمادة 1774 من القانون المدني المتعلقة بمدة إيجار مال ريفي بدون اشتراط أجل.

(7) Dalloz, BRIERE DE L'ISLE, De la notion de contrat successif, 1957، الصفحة 53 من العرض.

(8) SAVIGNY, Le droit des obligations P.JONZON، ترجمة C.GÉRARDIN et P.JONZON، الجزء I، الطبعة الثانية، E.Thorin، باريس، 1873، صفحة 334 ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الطبعة الثانية L.G.D.S.، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 45، صفحة =

كالبيع نقداً. ولا يهم أن يكون التقديم محدداً بأجل أم لا[1] إنّ المدة تتدخل في العقد ولكنها لا تؤثر في تنفيذه الذي تم في فترة وجيزة دائماً. فوجود العقد وحده يتدرج في المدة عندما يكون ثمة اشتراط مثلاً على دفع الثمن لأجل.

وقد حددت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 14 تشرين الأول 1983[2]، تعريف عقود التنفيذ المتعاقب، بمعنى المادة 10 من قانون 29 كانون الأول 1977 التي أضافت إلى المادة 79 من الأمر الاشتراعي بتاريخ 30 كانون الأول 1958 المتعلق بتحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك الأحكام التالية: «يعتبر غير خطي كل شرط في عقد التنفيذ المتعاقب ولا سيما الإيجار والإجارة من أي طبيعة كانت ينص على الأخذ في الحسبان فترة تغير المؤشر التي تفوق المدة المنقضية بين كل إعادة نظر». إن عقود التنفيذ المتعاقب المقصودة بهذا النص هي العقود التي تتضمن تقديمات متبادلة من كل من الفريقين متدرجة في الزمان، وليس ذلك حال بيع يؤدي إلى نقل ملكية الحصص في الشركة المتفرغ عنها فوراً إلى المتفرغ له مع مهلة دفع معطاة للمتفرغ له على قسم من الثمن.

ومن المسموح به التردد في إعطاء مدى عام لتعريف صادر تجاه نص خاص في حكم لم تر محكمة النقض من الملائم نشره في نشرتها الرسمية. غير أنه يبدو، كما سنرى، أن مسألة المفعول الرجعي للحل الذي هو إحدى الفوائد الرئيسية للتفريق بين عقود التنفيذ الفوري وعقود التنفيذ المتعاقب هي التي تطرح بالشكل الأكثر خصوصية تجاه العقود التي تنص على تقديمات متبادلة تتدرج في الزمان. وعندما يتم تبادل التقديمات خلال زمن معين، وفقاً لاشتراطات العقد، هل أن التلاشي الرجعي للاتفاقية وردّ التقديمات المتبادلة اعتباراً من إبرامها ملائمان؟ تلك هي، كما سنرى، المسألة الخاصة التي تطرحها هذه الفئة من العقود.

ويفضل بعض المؤلفين، لتمييز العقد الفوري، الكلام على «التنفيذ دفعة واحدة»[3] أو «التنفيذ بتقديم واحد»[4] مما يستبعد أي فكرة استرداد وسوف سنرى أنها تميز أحد

= 47 ـ B.STARCK, Obligations، المجلد 2، العقد، الطبعة الرابعة، منشورات Litec، 1993، تأليف P.ROLAND et L.BOYER، رقم 113 ـ H.L.J. MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد I، Obligations, Théorie générale، الطبعة الثامنة، منشورات Montchrestien، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 109، صفحة 95 ـ FLOUR et AUBERT, Les obligations، المجلد 1، L'acte juridique، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 91.

(1) انظر بهذا المعنى CARBONNIER, Obligations، الطبعة 17، 1993، الفقرة 138 ـ PLANIOL et RIPERT، تأليف ESMEIN، المرجع عينه ـ B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه.

(2) مجلة قصر العدل، 4 شباط 1984، بانوراما.

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Obligations، منشورات Cujas، الطبعة 4، 1993، رقم 320، صفحة 176 ـ M.LE GALCHER - BARON, Les obligations، الطبعة 5، اقتراح F.Lefebre، 1986، تأليف P.LEVEL، رقم 71، صفحة 53. انظر CARBONNIER, Obligations، الفقرة 138.

(4) WEILL et TERRÉ, Obligations، الطبعة 4، رقم 43. وفي الطبعة 5، 1993، تأليف TERRÉ, SIMLER et LEQUERRE، يختفي التعبير، رقم 66.

أشكال عقود التنفيذ المتعاقب.

إن عقد التنفيذ المتعاقب أو العقد المتعاقب هو أولاً، وبلا نزاع ممكن، العقد الذي لا يمكن تنفيذه إلاّ بسبب سريان الزمن[1]؟ إنه، حسب السيد Azema، العقد «الذي يجب أن تنفذ موجباته خلال فترة من الزمن»[2]. ويفترض بعض العقود بطبيعته تنفيذاً ممتداً إلى حد ما. فعقد العمل وعقد التأمين وعقد إيجار عقار غير منفصلة عن مدة معينة وهي عنصر جوهري في الاتفاقية. فالمستخدم في عقد العمل بصورة خاصة يلتزم بتوفير العمل لمستخدمه خلال مدة العقد بكاملها ويلتزم المتقدم بتنفيذه، وتنفيذ الموجبات بصورة مستمرة. ووصف عقد التنفيذ المتعاقب يطبق بالتأكيد على هذه الفئة الأولى[3].

ووصف العقود «المتعاقبة» المستعمل في الغالب أقل ملاءمة في هذا الصدد من وصف «عقود التنفيذ المتعاقب» ذلك بأنه، كما بيّن Planiol[4]، يمكن أن يحمل على التفكير في أن الأمر يتعلق «بعدة عقود يعقب بعضها بعضها الآخر»، في حين أن الأمر يتعلق «بعقود تنفيذها متعاقب ولا يمكن أن يتم إلاّ بشرط انقضاء فترة من الزمن...». على أن التعبيرين يمكن استخدامهما مع هذا التحفظ.

وهذا الوصف، رغماً عن احتجاجات بعض المؤلفين الذين يفضلون الكلام على عقود التنفيذ المتدرج، هو على وجه العموم مطبق أيضاً في العقود التي يتحقق تنفيذها، بدون أن يكون استمرارها ضرورياً، حكماً أو حسب إرادة الفريقين باسترداد التقديمات المتتالية خلال فترة معينة. واسترداد التقديمات هذا يمكن أن يكون شبه مستمر، كتوفير الغاز أو الكهرباء اليومي، وكتسليم صحيفة أو اشتراك شهري، وكتسليم نشرة دورية أو في فترات غير منتظمة، وكتقديم الوقود أو تنفيذ عقد صيانة.

والعقد، في عرف Esmein، «هو عقد تنفيذ متعاقب عندما يخضع الفريقان أو أحدهما لتقديمات مستمرة أو متكررة في فترات متفق عليها، لوقت محدد أو غير محدد»[5]. وفي رأي Flour و Aubert يكون البيع مع التسليم الذي يعد فيه فريق بتسليم كمية معينة من السلع دورياً أو في تواريخ محددة عقداً متعاقباً[6]. التعريف المعتمد هو بدلي إذن عندما يكون أحد

---

(1) B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه، رقم 114 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه.

(2) La durée des contrats successifs. أطروحة في .L.G.D.J، باريس، 1969، مقدمة R NERSON، رقم 3، صفحة 3.

(3) انظر بهذا المعنى B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه، رقم 114 ـ M.PLANIOL، تعليق Dalloz 1989، I، 457.

(4) المستشهد به سابقاً.

(5) المرجع عينه، وبالمعنى ذاته FLOUR et AUBERT، المرجع عينه.

(6) المرجع عينه، صنف ESMEIN هذا العقد في المطوّل لـ PLANIOL و RIBERT في فئة عقود التنفيذ المتدرج، مما يجعل التصنيف الثلاثي لهذين المؤلفين غامضاً إلى حد ما حسب السيد M.L.CROS في Les contrats à exécution échelonnée، Dalloz 1989، العرض، VII، رقم 6، صفحة 50.

الموجبات على الأقل تدرجيّ التنفيذ[1].

وقد جرى حديثاً اقتراح فئة ثالثة وسيطة مبنية على استرداد التقديمات: فئة عقود التنفيذ المتدرج[2]. وكان Demogue أول من عرّف هذه الفئة[3]. أنها تضم، حسب العميد Carbonnier الذي لم يجعل منها سوى فئة فرعية للعقود المتعاقبة، بخلاف Esmein الذي عرّفها بأنها فئة ثالثة[4]، العقود التي تجعل التقديمات يعقب بعضها بعضها الآخر في الزمان ويمكن أن تشكل منطقياً عدداً مماثلاً من العقود، وإنما تعتبر أنها تمثل كلاً بسبب وحدة العمل الأصلي» لإرادة الفريقين. وبيع الأشياء بحصص تسلم في فترات مختلفة يشكل ما سماه Demogue[5] عقود تنفيذ متدرج. وعلى سبيل المثال نورد أيضاً عقد الاشتراك.

143 ـ يمكن أن تكون العقود لمدة محددة ولمدة غير محددة.

يكون العقد لمدة محددة عندما يشترط الفريقان أجلاً يضع نهاية لتنفيذه. وهو لمدة غير محددة في غياب أجل كهذا.

وهكذا يتوقف هذا التفريق على نقطة معرفة ما إذا كانت مدة تنفيذ الموجبات الأصلية قد حددها الفريقان أم لا.

على أن العقد الذي لم يحدد الفريقان مدته يمكن أن يكون مقترناً بأجل قابل للتحديد فقط. وقد جرى الحكم بأن عقد المزارعة الذي يتنازل فيه أحد الأشخاص لشخص آخر عن حقّ استخراج مواد معدنية مقابل عائدة تحدد تبعاً لكمية المواد المستخرجة «في الوقت الذي يشاء» هو بيع[6]. بيد أن هذه الاتفاقية تتدرج في المدة في ما يتعلق بتنفيذها. فالعقد يتجدد لدى كل استخراج للمادة والأجل النهائي غير معروف من الفريقين. غير أن هذا الأجل قابل للتحديد. وعندما تستنفد مادة المنجم يتلاشى العقد. ويدخل عقد المزارعة في فئة العقود التي سماها أحد المؤلفين «المدة قابلة للتحديد»[7] التي ليست سوى تنوع عقود لمدة محددة.

---

(1) انظر M.L. CROS، المقالة المذكورة سابقاً. كانت فائدة هذه الفئة الفرعية موضوع معارضة. انظر على وجه الخصوص G.BRIERE DE L'ISLE, De la notion de contrat successif، Dalloz 1957، الصفحة 153 من العرض.

(2) Traité des obligations en général، الجزء II، Sources des Obligations، منشورات Rousseau، باريس 1923، رقم 917 خمس مرات، صفحة 912.

(3) المرجع عينه.

(4) المرجع عينه.

(5) Traité des Obligations، الجزء II، رقم 917 خمس مرات.

(6) النقض المدني في 27 كانون الثاني 1947، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3627، تعليق E.BECQUÉ.

(7) H.ROLAND, Regards sur l'obsence de terme extinctif dans les contrats successifs, Mélanges VOIRIN, 1966، صفحة 737 وما يليها.

144 ـ انتقاد النمذجة التقليدية المبنية على مدة تنفيذ العقد.

الفائدة الرئيسية لتصنيف العقود وتبعاً لمدة تنفيذها، وبالأصح تبعاً لمدة تنفيذ الموجبات الأصلية التي تولدها، هي المفاعيل المختلفة التي ينتجها الإلغاء لعدم التنفيذ. فإلغاء عقود التنفيذ الفوري وحده له مفعول رجعي. والأمر غير ذلك في ما يتعلق بعقود التنفيذ المتعاقب[1] التي لا تفسح في المجال إلاّ لفسخ ليس له مفعول إلاّ للمستقبل.

وسنرى[2] أن الحل لعدم التنفيذ له، في الحقيقة، من حيث المبدأ، مفعول رجعي، حتى بالنسبة إلى عقود التنفيذ المتعاقب، والاستثناءات على هذه الرجعية غير مقبولة إلاّ في أوضاع خاصة وضمن شروط صلبة. ومن وجهة النظر هذه يفقد تصنيف العقود المبني على مدة التنفيذ الكثير من فائدته.

حتى أنه، حسب السيد Brière de l'Isle[3] لن يكون ثمة فرق بين عقود التنفيذ الفوري والعقود المتعاقبة لمدة محددة. ويقيم المؤلف وزناً لمدة وجود العقد لا لمدة التنفيذ وحسب. وهكذا يلاحظ بأن مشكلة عدم التوقع تطرح في التعابير عينها المستخدمة لهذين النموذجين من العقود. ويبين، في ما يتعلق بمسألة معرفة ما إذا كان للحل مفعول رجعي أم لا، أنه من غير الصحيح التأكيد أن رجعية الحل لا تطبق على العقود المتعاقبة. وبالمقابل، في عرفه، للتفريق بين عقود التنفيذ الفوري والعقود المتعاقبة فائدة معينة عندما يتعلق الأمر باتفاقيات لمدة غير محددة. وبالفعل، وبسبب إمكانية التحقيق الأحادي الجانب التي تعود في هذه الحالة إلى كل من الفريقين، لن يكون لعدم التوقع تأثير في العقود المتعاقبة لمدة غير محددة، ذلك بأن اختلال التوازن لا يتلقاه وإنما يريده. يضاف إلى ذلك، حسب المؤلف، إن الحل لا يمكن أن يكون رجعياً في ما يتعلق بعقود التنفيذ المتعاقب لمدة غير محددة لأنه «ينتج تدريجاً بفعل سريان الزمن، من جهة أولى، تجديد ضمني لمدة محدد بالضرورة بإشعار الاستعمال أو بالإشعار القانوني حسب العقد، وتصديق ضمني لا جدال فيه للماضي. ويستنتج المؤلف من ذلك ما يلي: «يتمثل عقد التنفيذ المتعاقب لمدة غير محددة، في الحقيقة، ويتحلل وينتظم لا كعقد وحيد يشكل تنفيذه موضوع بعض الكيفيات كتجزئة التنفيذ في الزمان وحسب، وإنما كتتابع عقوداً يمكن أن تكون على السواء عقوداً فورية أو عقود تنفيذ متعاقب لمدة محددة عندما تتضمن شرط تجديد ضمني».

وأهمية هذا التحليل الأساسية بيان أن دراسة مدة العقد يمكن بصعوبة تقليصها إلى مدة تنفيذ الموجبات وحدها ذلك بأن التفكير على هذا النحو يعني أحياناً التفريق حيث لا يوجد

---

(1) B.STARCK, Obligations، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المذكورين آنفاً، رقم 118 ورقم 119 ـ FLOUR et AUBERT، المرجع عينه ـ PLANIOL et RIPERT et P. ESMEIN المذكورين سابقاً، رقم 845 صفحة 48 ـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈS المذكوران آنفاً، رقم 320، صفحة 176 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 66.

(2) انظر: تلاشي العقد.

(3) المقالة المذكورة سابقاً.

في الحقيقة أي فارق. بيد أن بعض خلاصات السيد Brière de l'ISLE لا تحمل على الإقناع ولا سيما المفهوم الذي يأخذ به للعقد المتعاقب لمدة غير محددة. ومن الإسراف مماثلة هذا النموذج من الاتفاقيات بتتابع العقود. وهذا التقطيع يفترض إرادة الفريقين التي بإمكانها على العكس أن تكون قد شاءت إبرام اتفاقية واحدة ووحيدة. يضاف إلى ذلك، كما سنرى، أن حل عقد متعاقب لمدة غير محددة هو رجعي من حيث المبدأ[1].

وقد لاحظت الآنسة Petel[2]، بعد دراسة الاجتهاد المتعلق بمفاعيل القوة القاهرة والدوام مدى الحياة، أن القانون الوضعي يماثل عقد التنفيذ الفوري بعقد التنفيذ المتدرج[3] ولا يأخذ في الحسبان التصنيفات الفقهية التقليدية.

وتقترح إقامة وزن لدور المدّة. فالمدة بالنسبة إلى المتعاقدين وسيلة أو قصدية. ففي الحالة الأولى «ليست المدة منشودة في ذاتها. فالدائن لا يهتم إلا بالنتيجة التي يتيح جريان المدة التوصل إليها. والنفع الذي يجنيه من الموجب يظهر لاحقاً لمدة التنفيذ حتى يمكن أن يكون مدى الحياة»[4]. «والإنجاز المادي للتقديم هو الذي بالتالي يؤدي إلى سقوط الموجب وليس جريان مدة معينة. . . وليس مفهوم تغليب الكمية على مفهوم المدة الذي ليس مفهوماً مبدئياً فما هو إلا نتيجة المفهوم الأول»[5]. وفي الحالة الثانية، المدة ـ القصدية «كان الموجب قد اتُّخذ لفترة من الزمن للحصول على نفع خلال هذا الزمن. وخلال هذه الفترة يندرج إرضاء الدائن»[6]. ويرتبط التصنيف المقترح، وفقاً للفرضية العامة لهذا المؤلف، بالموجب وليس بالعقد.

145 ـ يقيم القانون الوضعي وزناً لمدة تنفيذ العقد سواء أكانت فورية أم لا.

من الجلي أن التصنيف التقليدي لا يعرض تنوع الحلول التي يعتمدها القانون الوضعي. وفائدته هي أكثر تحديداً ما دام أن نظام الحل لعدم التنفيذ هو موحد من حيث المبدأ، حتى ولو كان صحيحاً. إن مفاعيل التعليق مختلفة بسبب مدة تنفيذ العقد[7]، وكذلك إذا ما تمكنا من الأخذ بأن التفرغ عن العقد يتعلق فقط بعقود التنفيذ المتعاقب[8].

والقانون الوضعي يقيم وزناً لمدة تنفيذ العقد. وهذه المدة لا تحدد، من حيث المبدأ،

---

(1) انظر: تلاشي العقد.

(2) I.PETEL, La théorie du contrat، رسالة في دبلوم الدراسات العليا في فقه مجلس الدولة واجتهاده، مونبيلييه، 1978.

(3) الرسالة المذكورة سابقاً، رقم 18 وما يليه، الصفحات 15 إلى 17.

(4) I.PETEL، المرجع عينه، رقم 23، صفحة 18.

(5) I.PETEL، المرجع عينه، رقم 24، صفحة 19.

(6) I.PETEL، المرجع عينه، رقم 27، صفحة 20.

(7) P.ESMEIN المذكور آنفاً، رقم 45، صفحة 49.

(8) L.AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في باريس، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph.MALAURIE، رقم 260 وما يليه، صفحة 189 وما يليها. انظر في شأن نقد هذا التحليل، الرقم 692 اللاحق.

وصف العقود الخاصة. على أن مدة تنفيذ العقد هي معيار بعض عقود الإيجار ذات الطبيعة الخاصة[1]. ومعيار اتفاقية الإشغال المؤقت، بالمقابل، ليس مدتها وإنما وقتية حق الشاغل[2]. أما بالنسبة إلى الإيجارات فإن مدتها هي التي تحدد وصف عقد الإدارة أو التصرف الذي نعرف أهميته، ولا سيما في مادة السلطة والأهلية.

146 ـ تحدد مدة الإيجارات وصفها بعقد إدارة أو تصرف.

يستمر التفريق التقليدي بين الإيجارات لمدة مساوية أو أقل من تسع سنوات والإيجارات لمدة أكثر من تسع سنوات في إلهام القانون الوضعي.

«لا ينزع الإيجار اعتيادياً إلاّ إلى تثمير الأموال؛ بيد أن مدته، إذا كانت قد غدت غير مألوفة، فقد ظهرت خلال مدة طويلة بأنها تضفي عليه خطورة تتجاوز تدبير الإدارة الشائعة (Beudant، الجزء II، رقم 479). ولذلك نتج خلال وقت طويل جداً عن نصوص قديمة جداً في القانون المدني (المادة 1429 وما يليها على وجه الخصوص) أنه من الواجب اعتبار الإيجار الذي يتجاوز تسع سنوات سوياً وفعالاً كلياً... وفي هذه الشروط كان الإيجار يوصف بصورة تقليدية «بعقد إدارة». وكان له بالفعل طابع طبيعي وشائع في الوقت عينه»[3].

«والإيفاء في الإيجار، حسب القانون المدني، هو عمل إدارة وإدارة سليمة في الغالب. وهو مسموح به لمدير الذمة المالية للغير كوكيل بسلطة معطاة بتعابير عامة مثلاً؛ ولن يصبح عقداً خطيراً يستدعي سلطة خاصة إلا أن يكون قد أبرم لمدة تفوق التسع سنوات»[4].

وفي الواقع كانت المادة 1429 القديمة من القانون المدني تحدد صراحة في إيجارات التسع سنوات، بالنسبة إلى المرأة أو ورثتها، فعالية العقود التي أبرمها الزوج وحده على أموال زوجته. ويطبق الحل ذاته اليوم بموجب المادة 595 من القانون المدني كما نتجت عن قانون 13 تموز 1965، على الإيجارات التي وافق عليها المنتفع وحده، وبموجب المادة 1778 من القانون المدني نفسه كما نتجت عن القانون عينه، «على الإيجارات التي يعقدها الوصي بدون إذن مجلس الأسرة».

---

(1) انظر إيجار الحكر الحكمي والإيجار للبناء ـ قارن في ما يتعلق بوصف عقد الإيجار الفصلي وليس الإيجار التجاري، وعلى وجه الخصوص وإنما ليس على سبيل الحصر، بسبب مدة تنفيذ العقد: الغرفة المدنية الثالثة، 22 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 74، صفحة 58.

(2) انظر: C.ROY - LOUSTAUNAU, Une construction prétorienne originale: la convention d'occupation précaire de locaux commerciaux، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1987، ولا سيما الصفحة 340 وما يليها، التعليقات 49 إلى 61. انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1965، النشرة المدنية، III، رقم 475، صفحة 430. قارن بـ J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 129 وما يليه، صفحة 102 وما يليها، ومدة اتفاقيات الإشغال المؤقت بالنسبة إليه هي عنصر جزئي للوصف.

(3) فهرس القانون المدني، موسوعة Dalloz، V، العمل، 1970، تأليف P.HÉBRAUD et R.VERDOT، رقم 215.

(4) MALAURIE et AYNÈS, Droit civil, Les contrats spéciaux، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 635.

وكانت للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 2 تشرين الثاني 1959[1] مناسبة تفحص فعالية إيجار لمدة تفوق تسع سنوات، وهذه المدة هي اثنتا عشرة سنة في الواقع، فردت وسيلة دعم ترمي إلى استبعاد دور نظرية الظاهر ببيان أن «الإيجار لمدة اثنتي عشرة سنة يتجاوز العقود السوية للإدارة لا يمكن الاحتجاج به ضد المالك». ولاحظت «أن الإيجار الذي عقده أحد الأشخاص غير المالك الحقيقي ليس أقل حجة ويحتج به في وجه المالك الحقيقي، ما دام أن المستأجر أبرم هذا الإيجار عن حسن نية، وفي ظل الغلط المرتكب تدمغ مدة هذا الإيجار الإتفاقية بطابع عمل يتجاوز حدود مجرد عقد إدارة». ويمكن أن نستنتج من هذا الحكم القبول الضمني أن عقداً لاثنتي عشرة سنة ليس عقد تصرف. إلاّ أن محكمة النقض اكتفت، في الحقيقة، بإعلان أن مدة الإيجار ووصفه بعمل إدارة أو تصرف هما بدون تأثير في حل النزاع الذي يتوقف على الغلط المشترك.

وإذا رجعنا إلى الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض يتبين أن ثمة عدة أحكام تهتم بالتحقق صراحة من أن الإيجار المعني كان لتسع سنوات لكي تؤكد أن الأمر كان يتعلق بعمل إدارة.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 6 شباط 1961[2] «بأنه كان يمكن أن يكون عمل إدارة كهذا مكوّناً من إيجار ريفي لمدة سوية محددة في المادة 811 من القانون الريفي، محتجاً به تجاه الأشخاص الثالثين». كما أن الغرفة الاجتماعية طرحت في 16 أيار 1961[3] من حيث المبدأ «أن العقد الريفي لمدة لا تتجاوز تسع سنوات هو عمل إدارة». وحكمت الغرفة المدنية الأولى في 8 تشرين الثاني 1961[4]، بعد أن رجعت إلى الأمر الاشتراعي بتاريخ 18 نيسان 1945، «أن إدارة الأملاك، المسماة حراسة قضائية في هذا النص، تملك، مع سلطات مندوب الحيازة المؤقتة لأموال الغائب، حق عقد إيجارات لا تتجاوز تسع سنوات...». كما حكمت الغرفة المدنية الثالثة في 15 شباط 1983[5] بأن «الحكم الذي أخذ بأن السيدة Bonneval التي تلقت من ولدها Jean، مالك رتبة الملك، المزوّد بمستشار قضائي وفقاً للمادتين 499 و 513 من القانون المدني في صيغتهما السابقة لقانون 3 كانون الثاني 1968، وكالة إدارة أمواله، أبرمت إيجاراً ريفياً لا يتجاوز التسع سنوات، وأن محكمة الاستئناف تكمنت من الاستنتاج أن إبرام عقد كهذا في كانون الثاني 1967 لا يتجاوز سلطاتها في الإدارة»[6]. كما حكمت الغرفة ذاتها في 25 تشرين الأول

---

(1) الطعن رقم 2285 مدني، الحكم رقم 658.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 82، صفحة 67.

(3) الطعن رقم 59 ـ 10868، الحكم رقم 829.

(4) الطعن رقم 5831، الحكم رقم 634.

(5) الطعن رقم 81 ـ 13703، الحكم رقم 245.

(6) من المعروف أن الصيغة «تمكنت من أن تقرر أن» لا تعني أن الأمر يتعلق بمسألة واقعية لا تمارس عليها =

1983[1] «بأن العقد المنازع فيه، مع أن الإيجار التجاري المعقود لمدة تسع سنوات لا يشكل عمل تصرف في ذاته، كان غير قابل للاحتجاج به لأنه مشوب بالغش».

في هذه الأحكام جميعاً يمكن الاعتبار أن إيجاراً لمدة تفوق التسع سنوات كان يمكن، استدلالاً بالضد، وصفه بعمل تصرف. على أن التعليل عن طريق الاستدلال بالغد ينبغي أن يستخدم مع التحفظ. بيد أن إقامة وزن صريح لهذه المدة يبدو أنه يبين الحد الزمني الذي انطلاقا منه تستمر محكمة النقض، وفقاً للحل التقليدي، في التفريق بين عمل التصرف وعمل الإدارة.

وقد جرى تأكيد هذا التغير في أحكام أخرى لمحكمة النقض تحدد في الوقت عينه مدى هذا المعيار الزمني.

وفي أسباب تسويغ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 29 آذار 1966[2]، يؤكد الحكم المطعون فيه والصادر عن محكمة استئناف رين في 26 شباط 1962 أن الإيجار المنازع فيه كان يشكل «مجرد عمل إدارة بسبب مدته التي لم تكن تتجاوز التسع سنوات». إن مدة التسع سنوات هنا هي التي جرى اعتمادها صراحة كمعيار. وقد ردت محكمة النقض الطعن المقدم ضد هذا الحكم وإنما بدون تفحص مدة الإيجار بشكل خاص، فالمسألة التي طرحت عليها تناولت الطابع التجاري لهذه الإيجار.

إن حكماً قديماً نسبياً للغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 20 حزيران 1952[3] أكثر صراحة. فقد نقض حكماً أعلن أن إيجاراً لثماني عشرة سنة يحتج به في وجه البائع الذي أصبح حائز ملك بعد حل البيع. وقد علل قضاة الاستئناف حكمهم بالتأكيد أن «الإيجار هو عمل إدارة بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التفريق بين الإيجار لأكثر من تسع سنوات والإيجار لأقل من تسع سنوات». وقد حكمت الغرف الاجتماعية بأن «الحكم المطعون فيه، بتقريره على هذا النحو، بدون الاستناد إلى أي ظرف خاص في القضية، انتهك المادتين 1184 من القانون المدني و 21 من نظام أجرة الأرض الزراعية الذي يحدد بتسع سنوات المدة السوية للإيجارات.

وهذا الحكم لا يستدعي كون كل إيجار لمدة تفوق تسع سنوات هو بالضرورة عمل تصرف. غير أنه يطرح حسب الأصول أن إيجاراً كهذا هو عقد تصرف باستثناء ظرف خاص بالقضية.

= محكمة النقض رقابتها، وإنما بمسألة قانونية جرى تفحصها بهذه الصفة وحلها موافق عليه. المدخل العام، رقم 469، والمؤلفين المستشهد بهم، التعليق 50 على وجه الخصوص. انظر: VOULET, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، I، رقم 13 ورقم 14؛ R.LINDON, La motièvation des arrêts de la Cour de cassation، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، I، 2681، b. III.

(1) النشرة المدنية، III، رقم 196، صفحة 150.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 177، صفحة 152.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 542، صفحة 391.

وتأثير مدة الإيجار في وصف عقد تصرف وإدارة هو بالتالي، على ما يبدو، مطلق بصورة أقل مما يمكن أن تحمل على التفكير قراءة سريعة للأحكام. يبقى أن إيجاراً لمدة تفوق التسع سنوات له، من حيث المبدأ، حظوظ كبيرة لكي يوصف بعقد تصرف.

غير أن التحليل يتعقد بوجود ميل قوي إلى إقامة وزن مقدار المدة الأولية للإيجار، وربما، أكثر من ذلك، لنظام الحماية الذي يمنحه المشترع لعدة فئات من المستأجرين ولا سيما حق تجديد إيجارهم الذي يزيد إلى حد كبير مدة هذا الإيجار.

147 - تطور القانون الوضعي تجاه الإيجارات الخاضعة لنظام معدّ لإعطاء المستأجرين حقوقاً هامة بصورة خاصة.

«التحليل التقليدي للإيجار الأقل من تسع سنوات، وهو عقد إدارة، مبني على وصف غير منازع فيه لحقوق الفريقين المعنيين: كان المالك المؤجر حائز حق عيني، والمستأجر حائز حق دين؛ ويشرط عدم الربط بالمستقبل بشكل خطير جداً (ومن هنا التقييد بتسع سنوات) بإمكان وكيل شخص متمتع بالأهلية، ومدير أموال عديم الأهلية أن يعطيا حق دينه للمستأجر أياً كان.

ولم يعد هذا التحليل صحيحاً اليوم. ويجب الاعتراف، بدون الذهاب إلى إعلان أن المستأجر أصبح مزوداً بحق عيني حقيقي، بأن امتيازات هامة جداً، وهي «حقوق حقيقية على المال المؤجر»، انقصت كثيراً حقوق المؤجر. ويمكن، سواء تعلق الأمر بحقوق المزارع بمقتضى نظام أجرة الأرض الزراعية، أو بحقوق المستأجر التاجر المزود بالملكية التجارية، أو كذلك بحق البقاء في الأماكن المعطى للمستأجر في المنازل القديمة للسكن بمقتضي قانون أول أيلول 1948، تكرار الملاحظة عينها. وينجم عن هذا التحول لحق المستأجر انخفاض حقيقي لقيمة الشيء المؤجر وتغيير لوصف الإيجار»[1].

ولاحظ السيد de Juglard[2]، متسائلاً حول نقطة معرفة ما إذا «كان إبرام إيجار يشكل دائماً عمل إدارة»، إن «مجمل هذه الاعتبارات. . . أدت بالمشترع إلى أن يعدل بعمق في هذا الصدد قواعد القانون المدني. وهكذا لم يعد في وسع الوصي والمدير القانوني، منذ قانون 14 كانون الأول 1964، أن يبرما وحدهما إيجاراً سوياً على ذمة القاصر المالية؛ فالمادة456 الجديدة من القانون المدني تحدد بالفعل أن الإيجارات المعقودة على هذا النحو من قبل الوصي أو المدير القانوني لا تعطي ضد القاصر الذي أصبح راشداً أي حق في التجديد أو أي حق في البقاء في الأماكن عند انقضاء مدة الإيجار، رغماً عن الأحكام القانونية المعاكسة جميعاً. أما قانون 13 تموز 1965 (المادتان 595 و 1424 من القانون

---

(1) فهرس القانون المدني ٩v، العمل، المشار إليه سابقاً، رقم 217 ورقم 218. انظر أيضاً: J.VIATTE, Le bail: acte de disposition، مجلة بدلات الإيجار، 1970، صفحة 125 وما يليها.

(2) H.L. et J.MAZEAUD, Leçons de droit civil، الجزء III، المجلد الثاني، الطبعة الخامسة، 1980، رقم 1072.

المدني) فقد استوحى هو أيضاً هذه النزعة بأن حظّر على الزوج مدير الأموال الشائعة بين الزوجين أو على المنتفع عقد إيجار ريفي أو تجاري أو حرفي بدون اشتراك الزوجة أو مالك رقبة الملك. وبذلك جرى الأخذ في الحسبان استيلاء المؤجر على المال المؤجر. وعقد الإيجار لم يعد، كما في الماضي، إنجاز مجرد عمل إدارة. ويمكن إجراء مقارنة بين أحكام قانون 14 كانون الأول 1964 والأحكام المتعلقة بالراشدين عديمي الأهلية كما تم إدراجها في قانون 3 كانون الثاني 1968: تحظير إعطاء إيجار إلاّ بصفة موقتة، وموجب مراجعة القاضي عندما يكون من الضروري التصرف بحقوق تتعلق بالسكن، وحماية ممنوحة بصورة عامة لسكن الأشخاص الراشدين الموضوعين تحت نظام حماية القضاء أو القِوامة أو الوصاية. وعزز قانون إلى كانون الأول 1976 حول الشيوع هذه النزعة إلى استبعاد إبرام إيجار من فئة أعمال الإدارة.

واستنتج السيدان Aynès و Malaurie[1] «من نمو الأنظمة الخاصة» تراكب «تفريق جديد بين الإيجارات الريفية والتجارية على «الانفساخ التقليدي» ـ بمنح حق في التجديد ـ والإيجارات الأخرى. فالإيجارات الأولى أعمال إدارة خطيرة تسوّغ تدابير حماية خاصة».

أما وصف عمل الإدارة أو التصرف المطبق على هذه الإيجارات الخاصة فإن الاجتهاد متباين في شأنه. ومن المناسب التفريق بين الإيجارات التجارية والإيجارات الريفية والإيجارات الأخرى.

148 ـ الإيجارات التجارية.

عندما يبرم الإيجار التجاري على عقار حر للإشغال ويولّد هكذا الحق المسمى «حق الملكية التجارية» يقبل الاجتهاد أن الأمر يتعلق بعمل تصرف.

وقد نقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 23 كانون الثاني 1961[2]، لنقص في الأساس القانوني حكماً أخذ بطابع عمل الإدارة لإيجار بدون البحث «عما إذا لم تكن للطبيعة التجارية للإيجار المبرم... مع التنازل عن ثمن العتبة (خلوّ الرجل) ويتناول عقاراً كان حراً للإيجار، إمكانية التأثير في نقطة معرفة ما إذا كان هذا الإيجار عمل تصرف أو مجرد عمل إدارة».

وبينت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 15 كانون الثاني 1971[3]، أن الإيجار التجاري المعقود يحوي منافع خاصة وتسديد «ثمن العتبة الحقيقي»، ويتناول أماكن «حرة للإشغال» لكي تستنتج «أن الأمر يتعلق هنا بعمل تصرف» لا يمكن الاحتجاج به في وجه المالك الذي استعاد ماله بعد حل البيع.

---

(1) Les contrats spéciaux، الاستشهاد السابق، رقم 635.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 46، صفحة 40.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 41، صفحة 28؛ Dalloz 1971، الصفحة 152 من الموجز؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، IV، 5104. انظر: حكم محكمة رين، 25 آذار 1969، المطعون فيه، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، II، 16186، تعليق FONTALIRAND, J.MELIN et PONCIN.

وفي 14 أيار 1974[1] نقضت الغرفة ذاتها، لنقص في الأساس القانوني، حكماً لم يبحث على وجه الحصوص «عما إذا كانت طبيعة الإيجار التجارية الذي عقده Gravelat على عقار لم يكن مشغولاً ولم يتم فيه استثمار أي تجارة، تجعل من الإيجار المنازع فيه عمل تصرف».

ومنذ وقت أقرب أكدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بوضوح أن إبرام إيجار تجاري كان عمل تصرف[2]. على أنه يبدو أنه ينتج عن ظروف القضية أن الأمر يتعلق بإيجار يتناول مكاناً حراً للإشغال.

وبالمقابل عندما لا يوجد مثل هذه الظروف الخاصة تقبل محكمة النقض وصف عمل الإدارة حتى تجاه الإيجار التجاري.

فقد حكمت الغرفة التجارية في 29 آذار 1966[3] «بأن محكمة الاستئناف التي لم تكن ملزمة بالنظر إلاّ في نقطة معرفة ما إذا كان الإيجار المنازع فيه تشكل عمل تصرف أو مجرد عمل إدارة، بعد أن تحققت من أن البيع. . . كان يتناول منزلاً «للاستعمال التجاري»، تمكنت من التقرير أن الإيجار التجاري المعني المتعلق بمكان سبق تخصيصه لاستعمال تجاري كان يشكل في القضية الراهنة عمل إدارة». وأكدت الغرفة المدنية الثالثة، في 25 تشرين الأول 1983[4] بوضوح أن «الإيجار التجاري المبرم لمدة تسع سنوات لا يشكل في ذاته عمل تصرف». وقضى حكم لمحكمة استئناف Aix-en-Provence، في 22 آذار 1983[5]، بأن إيجاراً تجارياً عقده مكتسب ملكية نزعت يده يشكل عمل إدارة ويمكن بالتالي الاحتجاج به في وجه المالك الجديد طالما أنه يتناول مكاناً سبق أن خصص لاستعمال تجاري.

ينجم عن هذا التحليل للاجتهاد أن إبرام إيجار تجاري لا يشكل في ذاته عمل تصرف، رغماً عن الحقوق الخاصة المعترف بها لحائز الملكية التجارية، وهو بنوع خاص عمل إدارة عندما يتناول مكاناً سبق تخصيصه لاستعمال تجاري؛ وأن الأمر يتعلق بالمقابل بعمل تصرف عندما يتناول مكاناً حراً للإشغال مع ثمن العتبة الحقيقي. ومجرد تجديد إيجار تجاري لا يمكن بالأولى أن يكون عمل تصرف. وما هو جوهري، على صعيد أرحب، نقطة معرفة ما إذا كان إبرام الإيجار المعني هو الذي أثقل المال المؤجر بالحقوق الهامة التي يعترف بها القانون لصالح المستفيدين من الملكية التجارية ومدته هي عنصر جوهري.

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 194، صفحة 46؛ مجلة قصر العدل، 17 كانون الأول 1974، تعليق PLANCQUEEL؛ Defrénois 1975، البند 30891، صفحة 458، ملاحظة S. L.AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، صفحة 132، ملاحظة CORNU.

(2) 17 أيار 1993، النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 118.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 177، صفحة 152، مجلة Loy، 1967، صفحة 15.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 196، صفحة 150، قانون الممارسة القضائية، 1984، صفحة 479، ملاحظة P.GALAND.

(5) شركة البصريات المحدودة المسؤولية P.Y ضد شركة Azurim المحدودة المسؤولية، الغرفة الرابعة، Jurisdata، رقم 044387.

149 ـ الإيجارات الريفية.

أخذ بعض قرارات قضاة الأساس بأن إجارة الأرض الزراعية، حتى لمدة تسع سنوات، تشمل، بسبب السلطات المعطاة للمستأجر، عمل تصرف[1].

إلاّ أن محكمة النقض تطرح بصورة ثابتة مبدأ أن «الإجارة الريفية لمدة لا تتجاوز تسع سنوات هي عمل إدارة»[2]. وحكمت، في 8 تشرين الثاني 1961[3] «بأن إدارة الأملاك المسماة حراسة قضائية... تملك مع سلطات مندوب حيازة أموال الغائب حق إبرام إيجارات لا تتجاوز تسع سنوات، رغماً عن الامتيازات التي يمنحها للمستأجر نظام المزارعة».

150 ـ الإيجارات الأخرى.

حكمت محكمة استئناف Aix-en-Provence، في 28 آذار 1979[4] بأن تجديد إيجار سكن لمدة تسع سنوات يشكل عمل تصرف لا يدخل في السلطات الناتجة عن وكالة عامة لإدارة العقارات.

غير أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض ردت في 21 كانون الثاني 1976[5] طعناً يأخذ على الحكم المطلوب فيه «أنه أعلن الإيجار ببدل الذي وافق عليه المدير الموقت صحيحاً، في حين أن الإيجار المنازع فيه الذي يمنح بمقتضاه المستأجر، حسب وسيلة الدعم، الحق في البقاء في الإمكان، ينتقص من حق المالكين ولم يكن مجرد عمل إدارة». وقد حكمت محكمة النقض بأن «محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن هذا المدير «كان قد زوّد بسلطات الإدارة الأكثر اتساعاً، أخذت بصواب بأن إبرام إيجار لثلاث سنوات أو ست

---

(1) انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف Aix-en-Provence في 9 كانون الثاني 1980، Hérisson ضد Fournier، مجلة Loy، 1980، صفحة 478، تعليق VIATTE؛ Dalloz 1981، صفحة 32 من التقرير، جريدة الكتاب العدل، 25 كانون الأول 1980، صفحة 5 ـ محكمة تولوز، 4 كانون الثاني 1973، Dalloz 1973، صفحة 21 من الموجز، التعليق 5؛ جريدة الكتاب العدل، 1974، صفحة 101، تعليق POULAIN؛ مجلة قصر العدل، 28 نيسان 1974 ـ المحكمة البدائية في لافال، 19 تشرين الأول 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18530؛ مجلة Loy، 1977، صفحة 463؛ Dalloz 1977، صفحة 89.

(2) الغرفة الاجتماعية في 16 أيار 1961، الطعن رقم 59 ـ 868. 10، الحكم رقم 829. انظر بالمعنى عينه الغرفة المدنية الأولى، 6 شباط 1961، النشرة المدنية، I، رقم 82، صفحة 67 ـ الغرفة المدنية الثالثة، 15 شباط 1983، الطعن رقم 81 ـ 13 ـ 703، الحكم رقم 245 ـ محكمة بورج، 25 آذار 1977، مجلة قصر العدل، 17 كانون الأول 1978، صفحة 11. أضف إلى ذلك ضمناً الغرفة الاجتماعية، 20 حزيران 1952، النشرة اليمدنية، III، صفحة 391.

(3) الطعن رقم 5831، الحكم رقم 634.

(4) نشرة محكمة Aix-en-Provence، 1972 ـ 2، صفحة 88. انظر محكمة باريس الغرفة 16، 16 كانون الأول 1977، Giraut ضد شركات REF، التي تماثل الاتفاقيات الإيجارية بأعمال التصرف.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 27، صفحة 19، يومية الاجتهاد، 1976، رقم 132، صفحة 4.

أو تسع، مع بدل إيجار محسوب على أساس المساحة المصححة، يشكل عملاً يدخل في السلطات السوية لوكيل قضائي».

وهكذا يكون الإيجار السكني، كالإيجار الريفي، حتى ولو كان يمنح المستأجر حق البقاء في الأماكن، عقد إدارة.

151 ـ تترجم إقامة الوزن لمدة تنفيذ العقد البحث عن التوازن بين العادل والنافع.

إن ما يهم هو مدة تنفيذ العقد وعندما يهتم القانون الوضعي بذلك فإنما بهدف إرضاء بعض الحاجات وفقاً للقانون الموضوعي. ولكي لا نقدم سوى مثال واحد، نتطرق إلى تنظيم مدة بعض الإيجارات؛ ألا يتجاوب مع منفعة اجتماعية معينة؟ أو ليس لبعض القرائن على المدة قصدية مماثلة مصبوغة بالعدالة؟.

لقد لوحظ أن «تصنيف القواعد التي تسوس مدة العقود المتتالية يتيح التحقق من وجود هذه التحديدات الزمنية الموضوعية في القانون الوضعي (العتبات العامة للمدة). ويمكن بالتأكيد أن نجد فيها معالم «مدة عادلة» تضع، إذ لم تتم مراعاتها، أحد الفريقين تحت سيطرة شريكه في التعاقد، ومعالم «مدة نافعة» يفتقد العقد بدونها تماسكه: إن اتفاقية تقضي مدتها على أي مردود اقتصادي لن تكون قابلة لأن تشارك في المصلحة العامة»[1].

وتنظيم إمكانية التحقيق الأحادي الجانب في العقود لمدة غير محددة أليس مرتبطاً بفكرة العدالة هذه ذاتها؟.

لقد لاحظت الآنسة Petel أنه «ما أن تلتقي الإرادتان حتى يكون من الواجب على كل فريق أن لا يكون بإمكانه أن يكوّن من جانب واحد وكيفيا محتوى العقد، وبالتالي تعديل توازنه الداخلي الذي أقامه المتعاقدان باتفاق مشترك...»[2]. وإذا كانت إمكانية التحقيق الأحادية الجانب خاضعة لبعض شروط العمل بها فذلك لتأمين فعالية مبدإ العدالة التبادلية.

وبالطريقة عينها طرحت مسألة معرفة ما إذا كان التوازن الأولي بين التقديمات ينبغي عدم إقامته عندما تعدله بعمق ظروف غير متوقعة. إن مسألة إعادة النظر في العقد هذه مرتبطة بمسألة الثمن العادل الذي ليس سوى مظهر أساسي للعدالة العقدية. يضاف إلى ذلك أن المنفعة الاجتماعية يمكن أن تأمر بإعادة النظر في العقد الذي يقود تنفيذه، عقب ظروف غير متوقعة، أحد الفريقين إلى الخراب.

والبحث عن توازن بين العادل والنافع ينبغي أخيراً أن يوصي بنظام مرتبط باختيار المدة وبوصف العقود تبعاً لمدتها، وأخيراً بنظام إعادة النظر لعدم التوقع.

---

(1) B.CHEMAMA, La distinction des contrats à durée déterminée et indéterminée، رسالة جماعية لدبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص في جامعة باريس I، تأليف C.LEVRIER M.ROCHE, J.Z.TARGA et B.CHEMAMA، بإدارة J. GHESTIN، 1987، صفحة 13 وصفحة 14.

(2) I.PETEL, Les durées d'efficacité du contrat، أطروحة في مونبيلييه I، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 336، صفحة 363.

الفصل الأول

اختيار المدة

152 ـ مدة تنفيذ العقد سجينة بين نقطة انطلاق ونقطة قدوم.

القسم الأول
اختيار نقطة الانطلاق

153 ـ مبدأ وجود الموجبات الأصلية واستحقاقها الفوري.

لاحظ أحد المؤلفين أن مبدأ الفعالية الفورية للاتفاقية يستقي قوته من قاعدتين تكميليتين: مفعول العقد وحده والاستحقاق الفوري للموجب[1]. ومفعول العقد وحده ـ وهو تعبير يفضله المؤلف بصواب على تعبير مفعول التوافق وحده لأنه «يذكّر بفكرة تمامية العقد» ـ يعني أن الموجب، أياً كانت طبيعته، موجود منذ أن اجتمعت جميع الأركان المطلوبة قانوناً لتكوينه؛ فإنشاء الموجب هو فوري إذن؛ واستحقاقه هو أيضاً فوري[2]. إن إرادة الفريقين المفترضة هي التي تسوّغ هذه القاعدة الأخيرة التي ستكون عامة. وهكذا لا يفلت أي عقد من سطوتها، بما في ذلك العقود التي تتضمن موجب رد كالإيداع[3] والقرض[4].

ويبدو أن محكمة النقض نادراً ما روجعت بمسائل تتعلق بهذه العقود المرتبطة بنقطة

---

(1) I. PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 22 وما يليه، صفحة 23 وما يليها.

(2) انظر بهذا المعنى H.L.J. MAZEAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، منشورات Montchrestien، 1991، تأليف Fr. CHABAS، رقم 906، صفحة 1011.

(3) على عكس ذلك: BAUDRY - LA CANTINERIE et WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil, De la société, du prêt, du dépôt، الطبعة الثالثة، 1907، رقم 1157، صفحة 620.

(4) I. PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27، صفحة 29.

انطلاق موجب الرد. فقد حكمت فقط بأنه عندما تكون مهلة عارية استعمال محددة «يلزم المستعير برد موضوع العارية لدى انتهاء هذه المدة بدون أن يكون المقرض مجبراً على إنذاره»[1]. ويقود تأويل النصوص مع ذلك إلى استخلاص الاستحقاق الفوري. ويأخذ البيع من بين العقود الناقلة للملكية مكاناً ممتازاً. ويكون تاماً، استناداً إلى المادة 1583 من القانون المدني، منذ التقاء الإرادتين. والاستحقاق الفوري في قرض الاستهلاك (عارية الاستعمال) يستنتج بالاستدلال بالضد من المادة 1900 من القانون المدني التي بمقتضاها «بإمكان القاضي، إذا لم يحدد أجل للرد، أن يمنح المقترض مهلة حسب الظروف». وتنص المادة 1944 من القانون المدني المتعلقة بالإيداع الإرادي على ما يلي: «ينبغي رد الإيداع للمودع عنه طلبه حتى ولو حدد العقد مهلة محددة للرد...». ويحوي القانون في ما يختص بعارية الاستعمال نصاً ضمنياً: «لا يستطيع المقرض سحب الشيء إلا بعد أجل متفق عليه أو، في حال عدم وجود اتفاقية، إلاّ بعد أن يكون الشيء قد أدى الخدمة التي تمت من أجلها الإعارة»، ما عدا إمكانية المقرض في الحصول قضائياً على الرد في حالة حاجة ملحة وغير متوقعة للشيء (المادة 1889 من القانون المدني)[2]. والقانون هنا هو الذي يحدد نقطة انطلاق موجب الرد الذي ليس، استثناء للمبدإ، ملازماً لتمامية العقد.

ومن المعقول في النهاية تقدير أن المبدأ هو مبدأ وجود العقد واستحقاقه، في حال عدم وجود إرادة مخالفة عبّر عنها الفريقان صراحة أو ضمناً، أو وجود أحكام قانونية، مما يترجم بالتالي بتبني نقطة انطلاق مسبقة أو نقطة انطلاق مؤجلة.

الفقرة 1 ـ نقطة الانطلاق المسبقة

154 ـ الرجعية الاتفاقية.

يعني النص على أن عملاً قانونياً ينتج مفاعيله في تاريخ سابق لتكوينه أن ذلك تطبيق خاص لنظرية الرجعية[3]، وهذا ما يسمى الرجعية الاتفاقية[4]، أي الرجعية التي يعطيها الفريقان لوضع قانوني يقتضي طبيعياً أن لا ينتج مفاعيل سابقة لإنشائه»[5].

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 461، صفحة 335.

(2) انظر بالنسبة إلى التطبيق حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1993، النشرة المدنية I، رقم 62، صفحة 41: المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 125، ملاحظة P.Y.GAUTIER.

(3) انظر: J. DEPREZ, La rétroactivité dans les actes juridiques، أطروحة في رين، طبع على الآلة الكاتبة، 1953 ـ CHEVALLIER, De l'effet déclaratif des conventions et des contrats، أطروحة في رين، 1932.

(4) انظر: M. GEGOUT, Essai sur la rétraoctivité convetionnelle، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1931، صفحة 283.

(5) M.GEGOUT، المذكور آنفاً، صفحة 285. أن تعبير «رجعية اتفاقية» لا يغطي الحقيقة عينها بالنسبة إلى مؤلف آخر. ففي عرف السيد JAMBU-MERLIN «يجب أن نفهم من هذا التعبير الظروف المتنوعة جداً =

وينتج بعض الأعمال القانونية أو حصول بعض الوقائع قانوناً مفعولاً رجعياً. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الشرط[1] أو التأكيد[2]. والمفعول الإعلاني للقسمة (المادة 883 من القانون المدني) والمصالحة (المادة 2052 من القانون المدني) يستدعي بالضرورة قبول الرجعية. وينظم القانون فعالية المفعول الرجعي. ولرجعية العقد، كما لاحظ Demogue في الماضي حد موضوعي بخلاف رجعية القوانين، ذلك بأن المشترع حر دائماً في تحديد فترة الرجعية[3]. والمسألة التي يقتضي حلها هنا هي معرفة ما إذا كان بإمكان المتعاقدين أن يتفقا بشكل مقيد على أن عقدهما، المجرد اعتيادياً من المفعول الرجعي، يسري مفعوله قبل التاريخ الطبيعي للتنفيذ.

I ـ صحة مبدإ الرجعية الاتفاقية

155 ـ الحرية العقدية.

تسوّغ صحة الرجعية الاتفاقية بمبدأ الحرية العقدية. فالاشتراط شرعي إذاً ما دام لم يصطدم بالانتظام العام. وهكذا لا يمكن أن يسمح باشتراط رجعية اتفاقية للفريقين بأن يضع نفسيهما تحت إمرة قانون الغي من أجل إضفاء الصحة على عمل لا يتجاوب مع الشروط التي وضعها القانون الساري المفعول في يوم إبرام الاتفاق، إذ يكون هناك تحايل على القانون. وينبغي أن يكون العقد الرجعي متميزاً عن العقد ذي التاريخ المسّبق الذي يترجم في الغالب إرادة غش[4]. ويستخدم التاريخ المسبّق مثلاً لتقنيع عدم أهلية حدثت لاحقاً للتاريخ الظاهري وإنما الوهمي[5].

156 ـ الحالة الخاصة للرجعية الاتفاقية في قانون التأمينات: المجازفة المفترضة.

المجازفة المفترضة هي التي سبق أن تحققت ولكنها كانت مجهولة من الفريقين عندما تعاقدا. ويشترط الفريقان عملياً أن يغطي التأمين فترة سابقة لإبرام العقد يمكن خلالها أن لا يكون ثمة أي غرر. على سبيل المثال تلف حمولة سفينة بحرية خلال السفرة قبل أن توقيع وثيقة التأمين.

---

* التي قرر فيها فريقاً العقد إمّا "إزالة عيب كان يشوب العقد السابق، وإمّا، على العكس، مفاعيل عقد كان صحيحاً تماماً، لا أن يفهم منه الرجعية الناجمة عن الموجبات الشرطية". أن التعريف المقترح ضيق جداً. وهو يستبعد الموجبات الشرطية بصواب، بيد أنه، بالمقابل، يحدد عن خطأ بحال الرجعية الاتفاقية بالعمل التأكيدي وبالرضا المتبادل. وهذا ما سيكشفه تفحص المادة.

(1) بمقتضى المادة 1179 من القانون المدني «للشرط الموضوع مفعول رجعي في اليوم الذي تم فيه التعهد. وإذا توفي الدائن تنتقل حقوقه إلى ورثته».

(2) انظر: تلاشي العقد.

(3) Valeur et base de la notion de rétroactivité, Mélanges DEL VECCHIO، 1930، صفحة 165.

(4) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 47 ورقم 48.

(5) انظر: في شأن القوة الثبوتية للتاريخ، المدخل العام، رقم 635 ورقم 636.

وصحة شرط الرجعية مشروعة في مجال التأمينات البحرية ضمن بعض الشروط. فالمادة 172 ـ L. 4 من قانون التأمينات (المادة 365 من القانون التجاري) تنص على ما يلي: «أيّ تأمين يجري بعد الحادث أو وصول أشياء مؤمنة أو وصول سفينة الناقل هو باطل إذا كان الخبر معروفاً، قبل إبرام العقد، في المكان الذي تم توقيع العقد فيه أو في المكان الذي يوجد فيه المؤمَّن أو المؤمِّن»[1].

إن أكثرية المؤلفين، بالمقابل، وفي قانون التأمينات البرية، ترى أن المجازفة المفترضة ليست قابلة للتأمين[2]. وهؤلاء المؤلفون يستندون إلى المادة 121 ـ L 15 من قانون التأمينات (المادة 39 من قانون 13 تموز 1930).

وقد جرت محاربة هذا التحليل. فالمادة المذكورة أيضاً، الفقرة الأولى، تنص على ما يلي: «التأمين باطل إذا كان الشيء المؤمن في آونة العقد قد سبق أن تلف. ولم يعد من الممكن أن يتعرض للمخاطر». وقد جرى بيان أن هذا النص لم يرد فيه «في آونة إبرام العقد»، مما يمكّن من «الأخذ بأنه يجب أن يفهم من آونة العقد الآونة التي جرى الاتفاق فيها على أن التأمين يبدأ بالسريان في إنتاج مفاعيله»[3]. والمجازفة المفترضة» في هذه الرؤية، يجب أن تكون قابلة للتأمين في قانون التأمينات البرية.

يضاف إلى ذلك أن الاجتهاد الأحداث لمحكمة النقض يقبل تأمين المجازفة المفترضة.

وكان يمكن لحكم صدر في 25 نيسان 1984 في صدد تطبيق شرط سمي «شرط الرجوع إلى الماضي» أن يسوي هذه المسألة. ويبين تحليله مع ذلك أنه لا يمكن الاستناد إليه. كانت إحدى الشركات قد سلمت في عامي 1970 ـ 1971 كميات من القرميد لإحدى المقاولات. ثم ظهر خلل في إحكام سدّ السقف، فقاضى المقاول هذه الشركة وحصل على حكم بالتعويض لم يكن من الممكن تنفيذه. فقاضى مؤمِّن المقاول الذي عوّض عليه مؤمِّن المورّد لتسديد هذا التعويض. وكان المورّد قد وقع عقد التأمين في 3 تشرين الأول 1973 على أن يسري مفعوله في أول كانون الثاني 1973. وهكذا كان العقد يتضمن تحت اسم «شرط الرجوع إلى الماضي» اشتراطاً حقيقياً بالرجعية. وتمسك المدعى عليه بأن الشرط المنازع فيه يتعلق فقط بالتسليمات التي جرت اعتباراً مِن أول كانون الثاني 1973. وكانت الرجعية، في هذه الرؤية، محددة في الزمن. وقد ردت محكمة الاستئناف هذه البرهنة، وفي

---

(1) انظر: في ما عني هذه المسألة R.RODIERE, Droit maritime، الجزء IV، Assurances et ventes maritimes، موسوعة Dalloz 1983، رقم 105 وما يليه، صفحة 121 وما يليها.

(2) M.PICARD et A.BESSON, Les assurances maritimes، الجزء I، عقد التأمين الطبعة الخامسة، تأليف A.BESSON، L.G.D.J.، 1982، رقـــم 23 ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء XI، الطبعة الثانية، تأليف ROUAST, SAVATIER, LEPARGNEUR et BESSON، رقم 1253. وعلى عكس ذلك I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 90 وما يليه، صفحة 91 وما يليها.

(3) M.GEGOUT، المذكور آنفاً، صفحة 300.

25 نيسان 1984[1] أيدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا الحكم مبينة أن قضاة الأساس أوردوا أن المورّد «طلب أن يكون سريان وثيقة التأمين في أول كانون الثاني 1973 معبّراً عن رغبته في أن لا يكون هناك أي انقطاع للضمان عن العقد المبرم مع شركة أخرى الذي هو نفسه أوقف أي مفعول في 31 كانون الأول 1972، وأنهم بينوا أيضاً أن العقد. . . كان يحوي شرط «الرجوع إلى الماضي» الذي لم يرافقه أي تحديد في الزمان، وهو نص يؤمن تنظيمه تغطية أي حادث تحصل بسببه أضرار سابقة لتاريخ أول كانون الثاني 1973 ما دام أن المطالبة المتعلقة بهذه الأضرار كانت لاحقة لهذا التاريخ».

بيد أنه لا يمكن أن يستنتج من هذا الحكم أن محكمة النقض أكدت صحة الشرط الذي كان تطبيقه منازعاً فيه. وبالفعل لا يتناول النزاع صحة الشرط وإنما مداه. والحال أنه إذا كان بإمكان محكمة النقض أن تتطرق تلقائياً إلى وسيلة دعم.قانونية صرف تتناول بصورة خاصة بطلان العقد، فإن نقطة معرفة ما إذا كان قضاة الأساس ملزمين بأن يثيروا تلقائياً بطلاناً كهذا هي غير أكيدة[2]. وعدم اليقين هذا يمتد بالأحرى إلى محكمة النقض.

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قبلت، في حكمها الصادر في 27 شباط 1990، ضمناً وإنما بالتأكيد، صحة تأمين المجازفة المفترضة[3]. لقد أيدت محكمة النقض في هذه القضية قضاة الأساس في تطبيق شرط عقد التأمين الذي يمارس بمقتضاه الضمان بالنسبة إلى المطالبة الموجهة إلى المؤمَّن خلال فترة صلاحة العقد، أياً كان تاريخ الواقعة المولّدة، شرط أن لا يكون المؤمَّن قد أخذ علماً، بتاريخ سريان مفعول العقد، بالوقائع القابلة لأن تؤدي إلى المطالبة ضده. وأضافت محكمة النقض أن هذا الاشتراط «كان يشكل مجرد تطبيق المبدإ الذي بمقتضاه لا يمكن أن يتناول عقد التأمين»، بطبيعة الغرر، المخاطر التي سبق للمؤمَّن أن عرف بحصولها». وذلك يعني بالضرورة تأكيد أن المجازفة المفترضة قابلة للتأمين[4].

وقد قبلت محكمة النقض كذلك الرجعية الاتفاقية لتطبيق المادة 112 ـ 2 .L، الفقرة 2، من قانون التأمينات وبموجبها: «يعتبر مقبولاً الاقتراح الذي يتم بكتاب مضمون ويقضي بتمديد العقد أو تعديله أو بجعل عقد معلق يأخذ المفعول، إذا لم يرفض المؤمَّن هذا الاقتراح خلال عشرة أيام من وصوله إليه»[5].

والسكوت، من حيث المبدأ، وهو يعادل القبول هنا، ليس له مفعول إلا بإنقضاء المهلة

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 133، صفحة 112.

(2) انظر: تلاشي العقد.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 52، صفحة 38.

(4) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، I، رقم 352، صفحة 231 الذي قبل صحة تأمين مخاطر سبق أن تحققت وإنما جهل المؤمَّن سببها عند توقيع وثيقة التأمين.

(5) انظر حول الدراسة الشاملة لهذا النص M.PICARD et A.BESSON، المرجع عينه، رقم 59 وما يليه.

القانونية. بيد أن بإمكان المؤمَّن أن يطلب أن يكون سريان وثيقة التأمين المعدلة في يوم إصدار الإيجاب. إن المسألة تتعلق عملياً بتغطية الحوادث التي يمكن أن تحصل بين الإصدار وقبول الإيجاب أو انقضاء مهلة الأيام العشرة. وعليه يمكن أن يحوي الاقتراح شرط رجعية تجاه التاريخ السوي لمفعول قبول المؤمِّن وبالتالي العقد المعدل. ويأخذ الاجتهاد بشرعية هذا الاشتراط[1]، إلاّ أنه كان موضع انتقاد. وإذا ما تم قبول مبدإ أن القانون يحظر تأمين المجازفة المفترضة فإن سكوت المؤمِّن لا يمكن أن يعادل قبول ضمان حادث سبق أن حصل[2]. وهذه البرهنة لا تستقيم تجاه تطور الاجتهاد الذي يقبل تأمين المجازفة المفترضة.

يضاف إل ذلك أن الحل الذي اعتمدته محكمة النقض يمكن تسويغه بسهولة ذلك بأنه في يوم صدور إيجاب التعديل لم يحصل أي حادث موضوعياً. فليس ثمة أي مجازفة غش والمؤمِّن يضطلع فقط بمخاطر إضافية تحققها افتراضي. وصمت المؤمّن بعد تلقي الإيجاب وانقضاء مهلة العشرة أيام يؤديان إلى تكوين العقد في أونة صدور العرض ووفقاً لمضمونه. وهذا يسهم تكوين العقد المتقدم هكذا في الزمان. وبذلك يكون تحقق المجازفة لاحقاً لإبرام العقد.

ومع ذلك تطرح مسألة معرفة ما إذا كان الفريقان بإمكانهما الشذوذ عند إبرام العقد الأولي أو عقد جديد[3] عن قاعدة المادة 112 ـ L 2، الفقرة 1، التي بمقتضاها: «اقتراح التأمين لا يلزم المؤمَّن ولا المؤمِّن؛ وثيقة التأمين وحدها، أو مذكرة التغطية، تثبت التزامهما المتبادل». ويبدو أن المسألة غير مطروحة في الممارسة، إذ يقبل المؤمِّنون تسليم مذكرات تغطية مؤقتة[4].

II ـ فعالية شرط الرجعية

157 ـ الفعالية بين الفريقين.

تنتج الرجعية الاتفاقية بين الفريقين مفعولها التام ما دام أنها لا تصطدم بقضية مادية أو قانونية. فاستحقاق ثمن البيع مثلاً لا يمكن إرجاعه إلى ما قبل تاريخ تكوين العقد. إن ذلك عقبة مادية. وبالمقابل لا يحظر أي نص قانوني أن تكون نقطة انطلاق إيجار محددة في يوم توقيع الوعد بالإيجار، فيرتدي تعويض التجميد عند ذلك وصف بدل إيجار أو إيداع ضمان.

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1969، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 485 ـ الغرفة المدنية الأولى، 28 تشرين الأول 1958، المرجع عينه، صفحة 42، تعليق A.B.. لم يبد المؤمن في هذه القضية رفضه في مهلة الأيام العشرة وأخذ على عاتقه مصالح مؤمنة ضحية حادث سير في يوم صياغة اقتراحه بالذات.

(2) M.PICARAD et A.BESSON، المرجع عينه، رقم 61، الفقرة قبل الأخيرة في نهايتها.

(3) ليس هناك تعديل للعقد إلاّ بشرط أن لا يكون ثمة انقلاب كلي لاقتصاد العقد. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 3.

(4) M.PICARD et A.BESSON، المرجع عينه، رقم 49، صفحة 81.

158 ـ اللاّفعالية تجاه الأشخاص الثالثين.

من المقبول في الفقه أن الرجعية الاتفاقية لا يمكن أن تنتج مفعولاً خارج حلقة المتعاقدين[1]. وقد أخذ Demogue هذا المثال: «يمكن أن يقول أحد الأشخاص الذي باع اليوم مزرعة إن مكتسب الملكية له حق الانتفاع منذ أول كانون الثاني الماضي لتأمين أجرة الأرض الزراعية الكاملة للسنة. بيد أن هذا الشرط لا يمنع صحة مدفوعات أجرة الأرض إلى البائع قبل البيع»[2]. وبالطريقة عينها لا يمكن لاشتراط وضعه البائع والشاري بإرجاع نقل الملكية إلى تاريخ سابق للتعاقد أن يضر بالدائن الذي سجل رهنه نظامياً.

وينبغي أن لا يغيب عن النظر أن الرجعية تخالف القول المأثور: السابق في التاريخ هو المفضل. إنها تشكل عامل اختلال في الأمن القانوني لا يتسامح به إلا بشرط أن يكون منصوصاً عليه قانوناً ومنظماً كما في مادة الشرط.

الفقرة 2 ـ نقطة الانطلاق المؤجلة

159 ـ منافع نقطة الانطلاق المؤجلة.

ترتبط نقطة الانطلاق المؤجلة لتنفيذ الموجب بالائتمان. وهكذا يطبق المرسومان الصادران في 20 أيار 1955 (المتعلق ببيع الائتمان أو النسيئة) و 4 آب 1956[3] على أي عقد يستفيد فيه الشاري من أجل معلق (أو موقف) لدفع كامل الثمن أو قسم منه[4]. والأجل المعلق هو أيضاً إوالية تستخدم للحصول على ضمان. وشرط الاحتفاظ بالملكية الذي يتيح للبائع تأخير نقل الملكية حتى قيام الشاري بدفع كامل الثمن يمكن أن يتحلل كأجل معلق[5]. وهكذا يتم استخدام الأجل المعلق بشكل متواتر. وبعد أن حددنا مفهوم الأجل المعلق سندرس نظام الموجب المقترن بأجل معلق وتعديل الأجل.

I ـ مفهوم الأجل المعلق (أو الموقف)

160 ـ أجل معلق للحق، وأجل أو مهلة إضافية وتأجيل لوفاء الدين.

من المتواتر استعمال تعبير «أجل قانوني» للدلالة على أجل مصدره اتفاقي أو قانوني ـ

---

(1) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 60، صفحة 62.

(2) Valeur et base de la notion de rétroactivité، المذكور آنفاً صفحة 168.

(3) تسن هذه النصوص مبدأ حد كمية الائتمان ومدته ولم تعد سارية المفعول منذ قرار المجلس الوطني للائتمان بتاريخ 24 نيسان 1979 الذي ألغى حظر الائتمان الكامل. على أنها لم تلغ ويمكن اللجوء إلى تحديدات الائتمان في أي وقت.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 آذار 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 144، صفحة 124.

(5) انـظـر: J.GHESTIN, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété, Dalloz, 1981، العرض I، صفحة I ـ J.GHESTIN et B.DESCHÉ, La vente، رقم 595 وما يليه.

يجري الكلام أحياناً في هذه الحالة الأخيرة على تأجيل وفاء الدين[1] ـ والاحتفاظ بتعبير «أجل أو مرحلة إضافية» للوضع الذي تمنح فيه مهلة للمدين قضائياً[2]. وفي الحقيقة يبدو أن نظام هذه الآجال المختلفة لا يتوقف على السلطة التي تمنحها. وهكذا عندما يحدد القاضي مهلة للمقترض لرد الشيء يحدد مهلة قانونية ولا يمنح المدين مهلة إضافية؛ وبإمكان المدين، عند استحقاق الأجل القانوني، أن يلتمس من القاضي مهلة وفقاً للمادة 1244 ـ 1 من القانون المدني. وبإمكان المشترع تحديد تعويضات تطال فئة أو عدة فئات من المدينين وإنما أيضاً حصر ممارسة حق في مهلة محددة، كممارسة إمكانية استرداد المبيع وفاء في البيع. وبإمكان الدائنين كذلك منح مدينهم مهلاً إضافية، ولا سيما في مناسبة صلح ودي[3]. عند ذلك يبين القانون أن المدين يستفيد خلال مدة تنفيذ الاتفاق بكاملها من وقف الملاحقات لدفع الديون المعنية[4]. ومن الملائم إذاً البحث عن طبيعة الأجل، حالة حالة، بدون الإنجرار إلى إساءة الاستعمال بمصطلح معناه خادع.

والأجل القانوني بالتالي الذي قلنا إنه الوحيد الذي يستحق تسميته أجل[5] هو الذي يحدد استحقاق الموجب العقدي. فالإبطال الاتفاقي لعقد مثلاً يفسح في المجال أحياناً، لتسليم ما جرت العادة على تسميته «له» الذي يمثل ديناً يتموضع استحقاقه بعد التسليم. وبالفعل، حسب الغرفة التجارية في محكمة النقض «له هو دين معدّ لتسوية عملية سابقة؛ وهذا الدين غير مستحق، عدا وجود اتفاقية معاكسة، إلا عند هذه التسوية وليس في آونة له»[6]. والمهلة الإضافية منّة للمدين التعس الذي يفترض استحقاق الموجب. وتأجيل وفاء الدين مهلة إضافية جماعية، أي تتعلق بفئة من المدينين. ويمنح هذا التأجيل عموماً بسبب حصول ظروف استثنائية تجعل تحرر المدين صعباً (الحرب مثلاً). والتعارض بين الأجل القانوني والمهلة الإضافية أكثر تبايناً عندما يلاحظ أن الحظوة المعطاة للمدين موضوعها تعطيل لعبة الأجل العادي[7]. وقد كتب أحدهم أيضاً: «تأجيل وفاء الدين الشرعي (légel) لا يولّد أجلاً قانونياً (de droit) وإنما هو انتهاك للأجل القانوني بتمديد المهل المتفق عليها»[8].

إن الوصف القانوني الصحيح هام لأنه يشرط النظام القانوني. وعندما يتعلق الأمر

---

(1) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 1104.

(2) PLANIOL et RIPERT، تأليف: P.ESMEIN, J.RADOUANT et G. GABOLDE المذكورين سابقاً، رقم 998، صفحة 336.

(3) المادة 35 من القانون رقم 84 ـ 148 بتاريخ أول آذار 1984 المتعلق بالتوقع والتسوية الودية لصعوبات المقاولات، والمادة 25 من القانون رقم 88 ـ 1202 بتاريخ 30 كانون الأول 1988 المتعلق بتكييف الاستثمار الزراعي مع بيئته الاقتصادية والاجتماعية.

(4) المادة 37 من قانون أول آذار 1984 والمادة 27 من قانون 30 كانون الأول 1988.

(5) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 21 وما يليه.

(6) 22 شباط 1999، النشرة المدنية، IV، رقم 70، صفحة 53.

(7) بهذا المعنى D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 30.

(8) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT المذكورين آنفاً، رقم 32.

بأجل قانوني لا تكون المادة 1244 من القانون المدني، وبمقتضاها لا يمكن أن تتجاوز المهلة المعطاة للمدين سنة واحدة (أصبحت سنتين بالمادة 1244 ـ 1 من القانون المدني) مطبقة[1]. وبإمكان المحكمة أيضاً تحديد أجل تسديد قرض بتاريخ سابق للنطق بحكمها وإنما لاحق للادعاء أمام القضاء[2] باعتبار أن المادة 1900 هي المطبقة وليس المادة 1244. كما أن منح مهلة إضافية، حسب المادة 1292 من القانون المدني، لا يشكل عقبة أمام المقاصة القانونية[3].

161 ـ التأكد من حصول الحدث.

«الأجل يختلف عن الشرط في أنه لا يعلق التعهد الذي يؤخر تنفيذه فقط» (المادة 1185 من القانون المدني). والأجل المعلق حدث مستقبلي وأكيد يخضع له تنفيذ العقد؛ إنه يؤخر سريان مفعول الاتفاقية[4]. ولذلك لا ينتج استحقاق الأجل أي مفعول رجعي بخلاف الشرط.

والتأكد من حصول الحدث معيار يتيح تفريق الأجل عن الشرط. والتأكيد ولو كان صحيحاً ينبغي أن يحدد. والحدث المستقبلي يمكن أن يكون غير أكيد موضوعياً وذاتياً بالنسبة إلى حصوله. ولا يعتبر الاجتهاد أن وصف «الأجل» مستبعد بالضرورة ما دام لا يوجد أي يقين موضوعي بالنسبة إلى حصول الحدث. إنه يرجع إلى نية الفريقين المشتركة لتقرير درجة التأكد من الحدث وبالتالي للبت بالنزاع حول الوصف[5].

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 362، صفحة 286.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 29، صفحة 26. 29 حزيران 1982، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 211.

(3) انظر: R.MENDEGRIS, La nature juridique de la compensation, L.G.D.J., 1969، مقدمة، P.CATALA، رقم 56، صفحة 79 وصفحة 80 ـ DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations en général, الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 601. على أنه جرى الحكم بأن الوقف المؤقت للملاحقات (المادة 16 من الأمر الاشتراعي رقم 67 ـ 820 بتاريخ 23 أيلول 1967 الملغى بقانون 25 كانون الثاني 1985)، كان يشكل عقبة أمام المقاصة القانونية، الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1982، Dalloz 1982، صفحة 373، تعليق A.H.. ويمكن أن نطرح على نفسنا مسألة معرفة ما إذا كانت المهل المعطاة في إطار صلح ودي (قانوناً عامي 1984 و 1986) تشكل عقبة أمام المقاصة القانونية أم لا. إن الطبيعة العقدية حصراً للمهلة المعطاة (وهي إضافية) ينبغي، من حيث المبدأ، أن تقود إلى جواب إيجابي.

(4) انظر: D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البنود 1185 إلى 1188، 1986، رقم 33 وما يليه ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، الطبعة الثانية، L.G.D.J.، 1954، تأليف P.ESMEIN, J.RADOUANT, et G.GABOLDE، رقم 998 ومايليه.

(5) النقض بمناسبة عريضة في 29 تشرين الأول 1907، Dalloz الدوري، 1909، 1، 460، والإسنادات المستشهد بها ـ النقض المدني، 10 كانون الثاني 1962، النشرة المدنية، I رقم 24، صفحة 21 ـ النقض بمناسبة عريضة في 4 أيار 1936، Dalloz 1936 الأسبوعي 313 ـ النقض بمناسبة عريضة في 3 كانون الثاني 1939، الأسبوعي Dalloz 1993، 149ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط =

وحكمت محكمة النقض في 27 تشرين الثاني 1969[1] بأنه لم يكن هناك أي شرط عند عدم وجود أقل علاقة شرطية وحاسمة بين الموجبات التي اضطلع بها الفريقان وبيع الشقق، وبأن هذا البيع يمثل بالأحرى حدثاً مستقبلياً ولكنه أكيد ومتفق عليه بين المتعاقدين ولو كان ذلك لاستحقاق غير محدد وملائم لأحد الفريقين. إن الحدث المعني، كما لوحظ[2]، كان بالتأكيد بيع الشاري عدة الشقق كان يملكها، وعملية كهذه لا يمكن أن يكون تحقيقها أكيداً قطعاً. بيد أن التكوين النهائي للعقد لم يكن خاضعاً لأي شرط لأن الفريقين لم يتوخيا إطلاقاً جعل اتفاقهما متوقفاً على تحقيق الحدث المعني وكان هذا التحقيق يبدو لهما، عن خطأ أو عن صواب، أكيداً.

«إن الحدث عينه غير الأكيد موضوعياً يوصف بحدث لأجل أو حدث شرط حسبما يعتبره الفريقان أكيداً أم لا»[3]. وجرى تقديم المادتين 1040 أو 1041 بأنهما يكرسان ضمناً الحل الاجتهادي[4]. ويفترض القانون أحياناً أن حدثاً غير أكيد موضوعياً يعتبره الفريقان أكيداً. فالمادة 1041 من القانون المدني تنص بهذا المعنى على أنه: «إذا كان المتفق عليه فقط أن يدفع المقترض عندما يستطيع ذلك أو عندما يحصل على الموارد، فإن القاضي يحدد له أجل دفع حسب الظروف»[5]. ويعتبر الدفع حدثاً أكيداً؛ والاستحقاق وحده يكون غير معين.

وما يهم في النهاية هو معرفة ما إذا كان الفريقان قد توخيا إخضاع وجود الموجب الغرر، أو على العكس التزما بصورة أكيدة ونهائية. ووصف الحدث بالتالي لا يمكن أن يكون إلاّ انطلاقاً من نية الفريقين المشتركة.

وحكمت محكمة النقض في 4 كانون الأول 1985 بأن الاتفاقية التي بمقتضاها يتعهد

= 1976، النشرة المدنية، I رقم 72 ـ 21 تموز 1965، النشرة المدنية، I، رقم 73 ـ 5 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، I رقم 271، صفحة 233، بالنسبة إلى وصف اشتراط بمقتضاه يخضع دفع عمولة لوكيل عقاري لتكرار العمل في الشكل الموثق.

(1) النشرة المدنية، III رقم 2، 77، صفحة 585؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 768، رقم 13، ملاحظة LOUSSOUARN.

(2) Y. LOUSSOUARN، الملاحظات المستشهد بها سابقاً.

(3) J.-J. TAISNE, La notion de condition dans les actes juridiques أطروحة في ليل، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 56، صفحة 90. وبالمعنى عينه D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAIT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 9 ـ S.GHESTIN، تعليق على حكم محكمة نقض، 24 تشرين الأول 1970، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، II، 16866.

(4) J.J.TAISNE، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 58 وما يليه، صفحة 93 وما يليها.

(5) انظر في شأن التطبيق الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 29، صفحة 26، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 746، ملاحظة Fr. CHABAS؛ Dalloz 1983، الصفحة 160 من التقرير؛ فهرس Defrénois، 1983، البند 33093، رقم 67، صفحة 856، ملاحظة G.VERMELLE، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، IV، 130 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تموز 1984، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 105.

مكتسب الملكة، لدفع ثمن بيع قطعة أرض، ببناء منزل وتسليمه للبائع بدون تحديد أي تاريخ للتقيد بموجباته، ليست خاضعة لشرط إرادي بحت وإنما لأجل في استحقاق غير معين يمكن تحديده قضائياً[1].

162 ـ تحديد الأجل

يواجه الأجل الأكيد بالأجل غير المعين[2]. والمصطلح المستخدم هنا هو خادع أيضاً ذلك بأنه يمكن أن يفسر بأنه مرتبط بيقين الحدث الذي، كما رأينا، هو معيار وصف الأجل، والمقصود بالتعابير المستند إليها في الحقيقة هو تاريخ قدوم الأجل وحسب. هل هذا الأجل معروف أم لا في يوم إبرام العقد؟. من الأفضل إذاً الكلام على أجل لاستحقاق أكيد وأجل لاستحقاق غير معين[3].

فالأجل الأول محدد، إنه محدد اتفاقياً. فيشترط الفريقان مثلاً أن يدفع المقترض في هذا التاريخ. والأجل الثاني قابل للتحديد وحسب. وموجب المؤمِّن في التأمين على الحياة يكون استحقاقه وفاة المؤمَّن. فالأمر يتعلق بحدث أكيد في تحققه وإنما تاريخه مجهول. وعدم اليقين بالنسبة إلى الاستحقاق يمكن أن يكون أكثر تأكيداً بسبب طابع الحدث. فالوفاة بالفعل أكيدة موضوعياً في حين أن الإيفاء عند المقدرة حدث احتمالي. بيد أنه من المعروف أن وصف الأجل في هذه الحالة ـ اشتراط المدين أن يدفع عندما يستطيع ذلك ـ يمكن الأخذ به[4]. ويعود إلى القاضي تحديد الأجل. وهو يحدد لهذه الغاية نية الفريقين المشتركة. ففي 29 حزيران 1982[5] حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بأنه عندما يعطى قرض عملة بدون تحديد أجل الرد: «يعود إلى القاضي، في حالة طلب الرد، أن يقدر، مع مراعاة الظروف ولا سيما نية الفريقين المشتركة، إذا كان من المناسب منح المقترض مهلة».

وقد قبلت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حالة ملفتة، صحة أجل موقف لاستحقاق غير معين يتوقف حصوله حصراً على إرادة المدين بالموجب.

ففي عامي 1954 و1960 تفرغت إحدى الشركات لشركة أخرى عن حقوق استثمار عدد من الأشرطة التلفزيونية في بلدان مختلفة ومنها فرنسا، وكان التفرغ لمدة سبع سنوات

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 4 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، III، رقم 162، صفحة 123؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 98، ملاحظة J.MESTRE؛ فهرس Defrénois، 1986، البند 33795، رقم 83، ملاحظة J.L.AUBERT، والبند 83801، ملاحظة G.VERMELLE.

(2) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 1103.

(3) PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، رقم 999، صفحة 337.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، I رقم 255، صفحة 180 الذي نقض حكماً قرر أن شرط الإيفاء عند المقدرة يتحلل كشرط إرادي غير مشروع.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 211؛ Dalloz 1982، الصفحة 428 من التقرير، فهرس Defrénois، 1982، البند 32972، رقم 106، صفحة 1642، ملاحظة G.VERMELLE؛ مجلة قصر العدل، 8 كانون الثاني 1983، بانوراما، صفحة 9، ملاحظة A.PIÉDELIEVRE.

ابتداء من أول عرض في التلفزيون. ولم يكن أحد الأشرطة الداخل في التفرغ على الإطلاق موضوع عرض أول. وفي عام 1983 أملت الشركة المتفرغة في أن تتفرغ عن حقوقها لشخص ثالث، بيد أن شريكها في التعاقد عارض ذلك. فجرى نقاش قضائي عند ذلك حول طبيعة الاشتراط المتعلق بمدة الموجب! هل كان الأمر متعلقاً بشرط أم بأجل؟. إن الشركة المتفرغة ادعت أن الأمر يتعلق بموجب شرطي وبالتالي فإن المادة 1175 من القانون المدني هي الواجبة التطبيق، بمقتضى نص يقول: «يقتضي أن يتم تنفيذ أي شرط بالطريقة التي أرادها الفريقان أو توخياها بشكل معقول». وينتج عن ذلك أن عدم البث خلال زمن طويل إلى هذا الحد يجب أن يحلل كتخلف عن الشرط. وقد رفضت المحاكم هذا الوصف وأخذت بوصف الأجل، مما قادها إلى رد ادعاءات الشركة المتفرغة.

وفي 19 حزيران 1990 أيدت محكمة النقض هذه المحاكم إذ أعلنت ما يلي: «إن محكمة الاستئناف، إذ بينت أن نقطة انطلاق مهلة السنوات السبع التي يجب أن تنتج الاتفاقيات خلالها مفعولها كانت العرض الأول المتلفز للأشرطة موضوع البحث، تمكنت من أن تستنتج من ذلك أن الفريقين اتفقا على كيفية تؤثر في الأجل المحدد لانقضاء تعهدهما، ويستتبع ذلك أن وسيلة الدعم غير مبنية عى أي من فروعها»[1]. ونتائج هذا التحليل كانت على الأقل مؤسفة. وبالفعل كان بإمكان المتفرغ له، بما أن أي اشتراط لم يكن يفرض بث الأشرطة، أن يؤخر إلى ما لا نهاية له تنفيذ موجباته ومنها دفع العائدات. وفي الواقع وكما يبين المعلق على الحكم في عنوان موح، كان يمكن أن يظهر الأجل «إرادياً صرفاً». والحل الذي اعتمدته محكمة النقض إذاً جذري أكثر من اللازم ولا يمكن أن يوافق عليه. ومما له مدلوله ملاحظة أن الحكم لم ينشر في الجريدة الرسمية.

لا شك في أن محكمة النقض أخذت، لكي ترد الطعن، بأن الاشتراطات كانت واضحة ودقيقة (لصالح الوصف كأجل) مما كان يحظر أي تفسير. والحال أنه من المعروف أن إرادة الفريقين هي معيار التفريق بين الشرط والأجل[2]. بيد أن هذا التسويغ لا يبدو وثيق الصلة بالموضوع كلياً. وبالفعل ينبغي الأخذ في الحسبان أن دور الإرادة في الوصف ليس حاسماً بالضرورة؛ وقد رأينا أن للمحاكم سلطة إعادة وصف عقد مستقل عن الاسم الذي أعطاه إياه الفريقان[3].

والمشترع، في قانون الاستهلاك، ينظر بغير رضا إلى اشتراط استحقاق غير معين. وهكذا تنص المادة 3 من القانون رقم 92 ـ 60، تاريخ 18 كانون الثاني 1992 التي أصبحت المادة 114 - L.1 من قانون الاستهلاك على أنه «ينبغي على المهني، في أي عقد موضوعه بيع مال منقول أو تنفيذ تقديم خدمات لأحد المستهلكين، عندما لا يكون تسليم

(1) Dalloz 1991، صفحة 436، تعليق P.Y.GAUTIER.

(2) انظر الرقم 160 السابق.

(3) انظر الرقم 118 السابق وما يليه.

المال أو تنفيذ تقديم الخدمات فورياً وإذا كان الثمن المحدد لا يتجاوز العتبات المحددة بمرسوم، أن يبين التاريخ الأقصى الذي يلتزم فيه بتسليم المال أو تنفيذ التقديم». وهكذا يدين المشترع جزئياً اشتراط المهل البيانية الصرف[1]، أي مهل استحقاق غير معين. وعقوبة عدم احترام المهلة هي الإمكانية الممنوحة للمستهلك في فسخ العقد إذا تجاوز انقضاء المهلة سبعة أيام وإذا لم يكن معزواً لحالة قوة قاهرة.

II ـ نظام الموجب المقترن بأجل معلق (أو موقف)

163 ـ يعبّر عن نظام الموجب المقترن بأجل موقف في شكل طرح مزدوج: لا يكون الموجب مستحقاً قبل الاستحقاق، غير أنه موجود.

أ ـ استحقاق الموجب.

164 ـ الدين غير قابل للتقادم (مرور الزمن) إلى حين قدوم الأجل (المادة 2257، الفقرة 3 من القانون المدني) ذلك بأن ما هو غير متوجب إلاّ في أجل معين لا يمكن أن يطالب به قبل استحقاق الأجل[2]. والدين لأجل غير قابل لأن يشكل موضوع مقاصّة قانونية ذلك بأن هذه المقاصة تفترض وجود دينين مستحق كل منهما (المادة1291، الفقرة الأولى). وكذلك لا يمكن أن يتوجب العطل والضرر التعويضيان قبل الاستحقاق.

وهذه الحسنات تفيد المدين طبيعياً. وهي تفيد بصورة عامة المتعاقد الذي تم اشتراط الأجل لمصلحته وبإمكانه العدول عنه، ويكون الموجب غير مستحق لا يستطيع الدائن استعمال أي طريق تنفيذ من حيث المبدأ.

165 ـ بإمكان الفريق الذي جرى اشتراط الأجل لمصلحته أن يعدل وحده عنه.

يُشترط الأجل عادة لصالح المدين. ويتمتع بهذه الصفة بإمكانية العدول عنه وتنفيذ الموجب مسبقاً. وهذه الإمكانية تكون موضع رفض عندما يكون اشتراط الأجل لصالح الدائن.

«الأجل مفترض دائماً أنه مشترط لصالح المدين». غير أن هذه القرينة تكون مستبعدة إذا «نتج عن الاشتراط، أو الظروف، أنه كان مشترطاً أيضاً لصالح الدائن» (المادة 1187)، وفي هذه الحالة يكون العدول الأحادي الجانب مستحيلاً. ويملك قضاة الأساس سلطة سيدة

---

(1) اهتمت لجنة الشروط غير المألوفة بتكاثر المهل البيانية. ففي توصيتها رقم 06 ـ 80 (B.O.S.P، 26 تشرين الثاني 1980) اقترحت فرض مهلة تسليم حاسمة في بيع متوجات صناعة شائعة وإخضاع اشتراط مهلة تسليم بصفة بيانية لبعض الشروط في بيع متوجات مجسدة.

(2) يبين العميد Carbonnier أن «نقطة الانطلاق، في الحالة التي يُفسخ فيها العقد في المجال لعدة تقويمات في استحقاقات مختلفة، يجب أن تتحدد بالنسبة إلى كل تقديم على حدة»، الموجبات، الطبعة 17، الفقرة 355، صفحة 635.

لتقدير ما إذا كان الأجل مشترطاً أيضاً لصالح الدائن أم لا[1]. وغالباً ما يكون ذلك الحال في القرض بفائدة، إذ يجب أن يكون بإمكان الدائن الاعتماد على الحفاظ على الفائدة المتفق عليها حتى حلول الأجل[2]. بيد أنه ليس ثمة أي قرينة قاطعة قائمة لصالح المقرض[3]. على أن المشترع، في المجال الخاص لعقد السند، قلب قرينة القانون المدني. فمقتضى المادة 323 من قانون 24 تموز 1966: «لا تستطيع الشركة، في غياب أحكام خاصة لعقد الإصدار، أن تفرض على أصحاب السندات التسديد المسبق للسندات»[4]. وينص القانون أحياناً، لصالح المدينين ـ بغض النظر عن طبيعة الأجل ـ على أن المقترض بإمكانه التحرر دائماً، ضمن بعض الشروط، مسبقاً.

إن المادة 12 من قانون 13 تموز 1979 المتعلق بإعلام المستهلكين وحمايتهم في المجال العقاري، وقد أصبحت المادة L.21-312 من قانون الاستهلاك، تتيح للمقترض أن يتحرر مسبقاً؛ إن عقد القرض يمكن فقط أن يمنع التسديدات التي تقل عن 10% من المبلغ الأساسي للقرض، إلاّ أن يتعلق الأمر بالرصيد. فإذا استعمل المقترض هذه الإمكانية. يمكن حرمان المقرض من الفوائد غير المستحقة أو من قسم منها. والقانون، من أجل جعل الإمكانية المتروكة للمقترض فعالة، ينظم بشكل آخر الاشتراط الذي يكون المقترض بمقتضاه ملزماً بدفع مبلغ الفوائد غير المستحقة بصفة بند جزائي. ومبلغ البند الجزائي، بدون المساس بتطبيق المادة 1152 من القانون المدني، لا يمكن أن يتجاوز المبلغ المحدد بمرسوم (حالياً المادة 2 من المرسوم رقم 80، 473، تاريخ 28 حزيران 1980)[5].

لم يكن قانون 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بإعلام المستهلكين وحمايتهم في مجال بعض عمليات الائتمان، يحوي نصاً يسمح في أي حال للمقترض بتسديد الائتمان مسبقاً. فالقانون العام (droit commun) إذاً هو الذي كان يطبق[6]. غير أنه عندما يكون التسديد المسبق وارداً في العقد، ومبلغ البند الجزائي كان اشتراطه، كان هذا المبلغ أيضاً منظماً

---

(1) النقض بمناسبة عريضة في 24 كانون الثاني 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 145.

(2) محكمة باريس 28 تشرين الثاني 1895، وبناء على إحالة النقض بمناسبة عريضة في 21 نيسان 1896، تقرير VOISIN، Dalloz الدوري 96 ، 1، 484؛ Sirey 97، 1، 481، تعليق CHAVEGRIN.

(3) انظر على سبيل المثال حكم النقض المدني في 29 تموز 1879، S.80، 1، 409 ـ قارن بأطروحة J.AZÉMA المذكورة سابقاً، رقم 266، صفحة 202، الذي يقدر أن اشتراط الفائدة «يشكل وحده ظرفاً يقلب قرينة المادة 1187».

(4) على أنه يمكن في حال الفسخ المسبق غير الناتج عن اندماج الشركة أو عن انشطارها أن يفرض على أصحاب السندات تسديداً مسبقاً. وبإمكان أصحاب السندات أيضاً أن يفرضوا التسديد المسبق (المادة 324 L من قانون 24 تموز 1966).

(5) يقدر أحد المؤلفين أن القانون ليس مجرد عودة إلى القانون العام (Droit commun)، I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 249، صفحة 270.

(6) Ph. MALAURIE، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v° ائتمان المنقول، 1981، رقم 94.

بمرسوم (حالياً المرسوم 78 ـ 373، تاريخ 17 آذار 1978).

وقد عدل القانون رقم 89 ـ 421، تاريخ 23 حزيران 1989[1] المتعلق باعلام المستهلكين وحمايتهم في ممارسات تجارية، والقانون رقم 89 ـ 1010، تاريخ 31 كانون الأول 1989 (المادة 29)، حول توقع أوضاع استدانة بعض الأفراد المفرطة[2]، قانون عام 1978. وأصبحت المادة L29-311 من قانون الاستهلاك تجيز للمستهلك أن يتحرر «بالتسديد المسبق، بدون تعويض، كلياً أو جزئياً». بيد أن المقرض بإمكانه رفض تسديد جزئي مسبق أدنى من مبلغ محدد بمرسوم.

وأخيراً يمكن اشتراط أجل لصالح الدائن حصراً، لمصلحة المودع مثلاً، إذا كان الأمر يتعلق بإيداع مجاني، فيستطيع المودع أن يفرض الرد المسبق للإيداع (المادة 1944 من القانون المدني). والدائن المستفيد من أجل حر دائماً في العدول عنه صراحة أو ضمناً بقبوله تلقي دفع مسبق[3].

وتطبق قاعدة المادة 1187 على السندات التجارية[4]، باستثناء السندات التي يكون فيها الأجل مشترطاً للمصلحة المشتركة (المادة 137، الفقرة الأولى، والمادة 185 من القانون التجاري).

166 ـ طرق التنفيذ

المبدأ هو أن أي طريق تنفيذ ليست ممكنة ضد المدين حتى قدوم الأجل[5] إذا لم يكن مشترطاً لصالح الدائن الذي بإمكانه عند ذلك العدول بحرية عن الاستفادة من الأجل. وليس في وسع الدائن اللجوء إلى الحجز على أموال مدينه، وفقاً للمادتين 551 من الأجراء المدني (الملغاة) و42 من قانون 9 تموز 1991 المتعلق بإصلاح إجراءات التنفيذ المدنية. ويقتضي إعلان دعوى الدفع المقامة قبل استحقاق الأجل غير مقبولة حتى ولو كان الأجل قد حدث خلال مجرى الدعوى لأن قبولية الادعاء تقدر في يوم الادعاء[6].

---

(1) انظر Commentaire de la loi، COBURET، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، الصفحات 631 إلى 634.

(2) انظر SCHAUFELBERGER, La prévention des situations de surendettement des particuliers (commentaire de la loi n° 89 - 1010 du 31 décembre 1989)، مجلة القانون العقاري، 1990، صفحة 301، وما يليها، ولا سيما صفحة 306.

(3) النقض المدني في 22 حزيران 1903، يوميات الكتابة العدل، 1904، البند 28160، صفحة 298؛ 1903، I.S.1903 - 463.

(4) انظر بهذا المعنى PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN, J.RADOUANT et G.GABOLDE، المذكورين آنفاً، رقم 1003، صفحة 341 وصفحة 342.

(5) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN, J.RADOUANT et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1005، صفحة 343 وصفحة 344.

(6) النقض المدني في 22 تموز 1897، Dalloz الدوري 79، 1، 614. وعلى عكس ذلك النقض في 14 ميسيدور العام XIII، يوميات الكتابة العدل، 1817، صفحة 221، البند 2050.

إلا أن مسألة دقيقة طرحت: مسألة معرفة ما إذا كان الدين الصالح كأساس لحجز ما المدين لدى الغير (المادة 557 من قانون الإجراء المدني) ـ دين الحاجز ـ يمكن أن يكون ديناً لأجل. وقد جرى الحكم، في ظل المادة 557 (القديمة) من قانون الإجراء المدني، بأن حجز ما للمدين لدى الغير له طابع تدبير احتياطي حتى الآونة التي يغدو فيها بمفعول حكم الصحة تدبيراً تنفيذياً[1]. وكان من الواجب الاستنتاج من ذلك أن حجز ما للمدين لدى الغير الذي يمارس على أساس دين لأجل صحيح خلال الفترة الاحتياطية[2]، طالما أنه معترف للمدين لأجل بامتيازات احتياطية[3].

ويبدو أن محكمة النقض لم تسر في هذا الاتجاه. كان قد سُمح لصندوق تأمين المرض سدد للمؤمَّن الاجتماعي ضحية حادث بممارسة حجز ما للمدين لدى الغير على الحصة القابلة للحجز من أجور المسؤول. فطلب الغير المحجوز عليه رفع الحجز وحصل عليه. فجرى تقديم طعن للنقض. كان الصندوق قد أخذ على الحكم أنه أمر برفع اليد عن الحجز «في حين أنه يكفي أن يكون ثمة دين أكيد في شكل «جرثوم» في السند الذي يتمسك به الدائن لكي يسوِّغ هذا الدين اللجوء إلى حجز ما للمدين لدى الغير». وقد جرى رد وسيلة الدعم بحجة أن «المحكمة لم تفعل سوى ممارسة سلطتها السيدة في الأخذ بأن دين الصندوق لم يكن معين المقدار ولا مستحقاً، وأنها تمكنت بالتالي من أن تأمر برفع اليد»[4]. وهكذا يتيح مجرد التحقق ـ السيد ـ من أن الدين الصالح كأساس للحجز ليس معين المقدار ولا مستحقاً رفع الحجز. ويمكن الاستنتاج من ذلك أن الدين يجب أن يكون في الوقت عينه معين المقدار ومستحقاً، مما يقود إلى الاعتراف قانوناً بأن الدين لأجل لا يمكن أن يشكل أساساً لحجز ما للمدين لدى الغير. ويتعلق الأمر عند لك بقاعدة أساسية طرحتها محكمة النقض انطلاقاً من تقدير سيد لقضاة الأساس. ان تحليلاً من هذا النوع يستدعي إنكار الطابع الاحتياطي الموقت لحجز ما للمدين لدى الغير. وبالتالي لا يمكن قبوله في حالته هذه.

ويبدو هذا النقاش بلا فائدة. فالقواعد الجديدة المتعلقة بحجز التخصيص تحدد أن الدائن الحاجز ينبغي أن يكون مزوداً بسند تنفيذي يثبت ديناً معين المقدار ومستحقاً. وبالتالي

---

(1) النقض المدني في 15 نيسان 1942، D.C. 1943، صفحة 9، تعليق CESAR- BRU؛ S.1943، 1، 141، تعليق SOLUS.

(2) وبهذا المعنى D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 50. وعلى عكس ذلك PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN J.RADOUANT et G.GABOLDE، المرجع عينه، صفحة 344 مع الاستشهاد بهذا المعنى بحكم محكمة بوردو، 13 آب 1846، D.47، 431، S.47، 461. 2، وحكم محكمة غرونوبل، 26 أيار 1882، Dalloz 83، 126. 1؛ 83 Sirey، 84. 2.

(3) انظر الرقم 168 اللاحق.

(4) الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 12 شباط 1986، النشرة المدنية، II، رقم 16، صفحة 11، والغرفة المدنية الثانية 17 حزيران 1992، النشرة المدنية، II، رقم 170، صفحة 84.

يمكن الاستنتاج من ذلك أن ديناً لأجل لا يصلح أساساً لحجز التخصيص.

وبالمقابل، إذا أخذنا هذه المرة جانب المدين، يمكن أن يكون دين لأجل موضوع حجز ما للمدين لدى الغير[1]. والدين لأجل هو قيمة تتعلق بالذمة المالية سبق وجودها في ذمة المدين المالية. وقد حكمت الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض في 13 أيار 1987 «بأن حجز ما للمدين لدى الغير لا يمكن أن يتناول إلاّ دين المدين المحجوز عليه، حتى شرطياً أو اجتماعياً، إذا كان موجوداً في يوم الحجز»[2]. وبالأحرى يجب أن يكون بالإمكان قبول دين لأجل في صف الديون القابلة لأن تشكل موضوع حجز ما للمدين لدى الغير من قبل الدائنين. وهذه الحلول كرسها قانون 9 تموز 1991. فبمقتضى المادة 13: «يمكن أن تتناول الحجوزات جميع الأموال العائدة إلى المدين ولو كانت في حوزة الغير. كما يمكن أن تتناول الديون الشرطية، لأجل أو ديون التنفيذ المتعاقب، وكيفيات هذه الموجبات تفرض على الدائن الحاجز».

ومن المقبول بالفعل أنه يمكن أن تمارس فمن بعض الشروط على أساس دين غير مستحق بعد.

وعلى هامش طرق التنفيذ بالمعنى الحصري ثمة إجراءات تحضّر للتنفيذ وحسب. فهل ينبغي بسبب طابعها الهجين أن تكون متاحة أمام الدائن لأجل؟

إن الدعوى غير المباشرة مرفوضة بالنسبة إلى الدائن لأجل[3]. والفقه مجمع لصالح هذا الحل[4] المسوّغ بواقع أن الدعوى غير المباشرة هي أكثر من تدبير احتياطي حتى ولو لم تكن بحصر المعنى، تدبيراً تنفيذياً. ولا يمكن بالتالي، باعتبار أن الدين لأجل ليس معين المقدار ولا مستحقاً، السماح للدائن باستخدام هذه الطريق.

والحل، كما سنرى، أقل وضوحاً بالنسبة إلى الدعوة البولصية[5].

من المقبول بالفعل أنه يمكن أن تمارس ضمن بعض الشروط على أساس دين غير مستحق بعد.

---

(1) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185، والبند 1186، 1986، رقم 48.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 113، صفحة 65.

(3) النقض بمناسبة عريضة في 25 آذار 1924، D.H1924 .، صفحة 282.

(4) انظر على سبيل المثال، B.STARCK، المجلد 3، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H ROLAND و L.BOYER، رقم 531. ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE المذكورين سابقاً، رقم 1050، صفحة 942 ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français الجزء VII، تأليف P.ESMEIN J.RADOUANT et G.GABOLDE صفحة 244 .H.- L.- J. MAZEAUD, Obligation-، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr.CHABAS، صفحة 1021.

(5) انظر الرقم 467 اللاحق.

ب ـ وجود السند

167 ـ السند موجود، وتنجم عن ذلك عدة نتائج. أولاً ليس الدفع قبل الاستحقاق دفعاً غير متوجب، سواء تعلق الأمر برأس المال أو بخسارة تمتع المدين[1]. وحسب المادة 1186 من القانون المدني «ما دفع سلفاً لا يمكن استرداده». ثم إن الدين لأجل قابل للانتقال فوراً بين الأحياء أو بسبب الوفاة، باستثناء ديون النفقة التي لا يمكن التنازل عنها إلاّ باستحقاق الأجل[2]. وهو قابل للسقوط عن طريق الاندماج (المادة 1300 من القانون المدني)[3]. كما أنه قابل للحجز (المادة 13، الفقرة 2، من قانون 9 تموز 1991)، ولا يمكن إلغاؤه من جانبٍ واحد. والفريقان، كما بيّن السيد Mestre، ملزمان بموجب الاستقامة الذي تستدعي بأن يمتنعا عن «أي خداع... وعلى وجه أعم عدم التسبب بأي إضرار بالتنفيذ المستقبلي للعقد»[4]. ويمكن بوجه خاص أن يشكل السند لأجل موضوع تدابير احتياطية وهو قابل للتلاشي قبل الاستحقاق.

168 ـ التدابير الاحتياطية.

لا يحوي القانون المدني أي نص حول هذه النقطة. غير أنه لوحظ أن المادة 1180 تعطي الدائن الشرطي إمكانية ممارسة جميع الأعمال الاحتياطية بالنسبة إلى حقه. وجرى الاستخلاص من ذلك بالأحرى أن الدائن لأجل يستفيد من هذا النص[5]. وهكذا ينبغي أن يكون بإمكان الدائن لأجل اللجوء إلى إجراء الحجز الاحتياطي[6] أو تسجيل الرهن العقاري.

---

(1) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMBIN, J. RADOUANT et G.GABOLDE المذكورين سابقاً، رقم 1009، صفحة 347 وصفحة 348 ـ J.GHESTIN et M.BILLIAU، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، v° استرداد غير المستحق، 1991، رقم 16.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 أيار، 1973، النشرة المدنية I، رقم 164، صفحة 147 ـ انظر في صدد مبدأ عدم قابلية التفرغ أو الحوالة النقض المدني، 11 كانون الثاني 1927، Dallloz الدوري 1927، 129، تعليق H.CAPITANT.

(3) DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations en général، الجزء V، 1875، رقم 708، صفحة 539 وصفحة 540 ـ G.LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1300 ـ 1301، Contrats et obligations, confesion, 1985، رقم 11.

(4) ملاحظة على حكم محكمة Aix، 16 شباط 1991، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 120.

(5) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 1131 ـ Obligations، H.- L.J.MAZEAUD، الجزء II، المجلد الأول، تأليف Fr. CHABAS، رقم 1020 ـ Obligations، CARBONNIER، الطبعة 17، الفقرة 134 ـ MALAURIE et AYNÈS المذكورين سابقاً، رقم 1103، صفحة 639 ـ Obligations، B.STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 1140.

(6) وبهذا المعنى في ظل مدوّنة الإجراء المدني (القديمة)، D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 51. انظر، في الاجتهاد، محكمة ديجون، 22 كانون الأول 1959، مجلة قصر العدل، 1960، 1، 123؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، II، 11670، تعليق RAMEAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1960، صفحة 363، ملاحظة RAYNAUD.

وتم تعديل نظام التدابير الاحتياطية بقانون 9 تموز 1991 الذي ألغى المواد 48 إلى 57 من مدوّنة الإجراء المدني (القديمة). وتأخذ هذه التدابير بموجب المادة 67 منه شكل حجز احتياطي أو أمن قضائي. وعلى الدائن لأجل أن يسوّغ الظروف القابلة لأن تهدد تغطية دينه وأن يكون مأذوناً له قضائياً بممارسة هذا التدبير.

169 ـ نقطة انطلاق دعاوى البطلان والفسخ.

إذا كانت نقطة انطلاق تقادم الدين محددة بقدوم الأجل[1]، فإن الأمر مختلف في ما يتعلق بنقطة انطلاق دعاوى البطلان والفسخ، ذلك بأن العقد موجود كعقد لوحده. وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 16 أيار 1972[2] «بأن وضع أجل غير معين لدفع ثمن بيع يعادل مزايدة الشائع أو المتشابك الحقوق وتحديد مبلغ هذا الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك لا يمنعان المقاضاة للفسخ استناداً إلى المادتين 887 و888 من القانون المدني، وبالتالي لا يمكن أن يؤخرا نقطة انطلاق التقادم الذي تخضع له دعوى الإبطال لعلة الغبن، وبالتالي فإن محكمة الاستئناف أعطت بحق «تاريخ توافق الإرادتين كنقطة انطلاق المهلة وليس تاريخ تحقيق كيفية الدفع»، ووجود أجل موقف في مجال الغبن لا يعدل بالتالي نقطة انطلاق دعوى الإبطال لعلة الغبن. وينبغي كذلك، مع ما تقضي به الظروف من تعديل، أن يكون الأمر على هذا النحو في ما يتعلق بدعاوى البطلان المطلق أو النسبي. ويجب تطبيق مبادىء القانون العام (droit Commun)[3].

III ـ تعديل الأجل

170 ـ يمكن أن يتم تحمّل هذا التعديل: إنه استحقاق الأجل، كما يمكن أن يكون إرادياً أيضاً.

أ ـ السقوط.

171 ـ يمكن أن يتم تحمّل هذا التعديل: إنه استحقاق الأجل، كما يمكن أن يكون إرادياً أيضاً.

1) أسباب السقوط:

172 ـ الأسباب القانونية.

يسوّغ السقوط القانوني للأجل تقليدياً إمّا بخطأ المدين وإمّا بخسارة ثقة الدائن[4].

---

(1) انظر الرقم 164 السابق.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 129، صفحة 114؛ Dalloz 1972، صفحة 636، تعليق A.B. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 85، صفحة 65، تقدر زهادة الثمن في يوم البيع وليس في يوم استحقاق الأجل.

(3) انظر تلاشي العقد.

(4) انظر D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، 1986، رقم 69.

إن الأحداث التي يقام لها وزن هي لاحقة لتكوين العقد، مما قاد Demolombe إلى أن يقول: «إن الأجل يمنح بالإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة، ضمن شرط فاسخ ضمني بأن حالة الأشياء التي استناداً إليها منح هذا الأجل ما تزال قائمة»[1].

وكانت المادة 1188 من القانون المدني في صياغتها السابقة تنص على سببين لسقوط الأجل: نقصان الأمن بفعل المدين وإفلاس المدين الذي كان الاجتهاد يماثله بالإعسار[2].

173 ـ إفلاس المدين أو إعساره.

تنص المادة 1188 من القانون المدني كما تعدلت بقانون 25 كانون الثاني 1985 على ما يلي: «لا يستطيع المدين أن يطالب بالاستفادة من الأجل عندما يُنقص بفعله الأمن الذي أعطاه العقد للدائن». ولم يعد ذكر الإفلاس وارداً ذلك بأن المادة 56 من قانون 25 كانون الثاني 1985 التي قطعت العلاقة بالتقليد[3] تنص على ما يلي: «حكم فتح التقويم القضائي لا يجعل الديون غير المستحقة بتاريخ صدور هذا الحكم متوجبة الأداء. وأي شرط معاكس يعتبر غير خطي»[4]. وجرى الاحتفاظ باستحقاق الأجل في إجراء التصفية القضائية (المادة 160 من قانون 25 كانون الثاني 1985) أو عندما يقرر الحكم برنامج التفرغ التام عن المؤسسة (المادة 91).

وفي ظل المادة 475 من القانون التجاري (التي أصبحت المادة 37 من قانون 13 تموز 1967) جرى الحكم «بأن سقوط الأجل الناجم عن الإفلاس ليس له مفعول إلاّ بعد الحكم به»[5]. وهكذا يجد الدائن نفسه ملزماً بتقديم ما لديه من مستندات ثبوتية. وعليه أصبح «الإفلاس الواقعي» أو «الوهمي» مستبعداً في هذا المجال. وكانت المادة 6، الفقرة 4، من قانون 13 تموز 1967 تفرض التثبت من التوقف عن الدفع بحكم. ولا يتضمن قانون 25 كانون الثاني 1985 نصاً خاصاً. ويمكن التفكير في أن المشترع لم يشأ العودة إلى هذه

---

(1) المرجع عينه، رقم 655، صفحة 623.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 62، صفحة 49 ـ النقض المدني في 30 آذار 1892، D.P.92، تعليق PLANIOL؛ يوميات الكتابة العدل، 1893، البند 25207، صفحة 591؛ S.92، 1، 481، تعليق LABBÉ. يحدد الحكم بأنه ليس ثمة إعسار «وهمي»؛ والحل أيدته الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 16 كانون الأول 1975، النشرة المدنية، I، رقم 372 صفحة 310.

(3) كانت المادة 37، الفقرة الأولى، من قانون 13 تموز 1967 تنص على ما يلي: «إن الحكم الذي يعلن التسوية القضائية أو تصفية الأموال يجعل الديون غير المستحقة متوجبة الأداء تجاه المدين». وكان هناك حكم مماثل صدر سابقاً، انظر Traité élémentaire de droit commercial، تأليف G.PIPERT، الطبعة الثالثة، L.GDJ، 1956، رقم 2710.

(4) يفيد هذا النص الكفيل المتضامن، النقض التجاري في 2 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 79، صفحة 55؛ Dalloz 1993، الصفحة 309 من الموجز، ملاحظة L.AYNÈS ـ 14 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 285، صفحة 193.

(5) النقض التجاري في 16 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 386، صفحة 357.

القاعدة. إن المادة 50 من القانون الجديد تفرض على الأكثر على الدائنين جميعاً «الذين يكون مصدر دينهم سابقاً لحكم الفتح» ـ باستثناء أجراء المقاولة ـ التصريح عن دينهم ـ ومعاقبة هذا الموجب حازمة بصورة خاصة طالما أنها ترتكز على سقوط الدين (المادة 53، الفقرة 3).

وتطرح الصيغة الجديدة للمادة 1188 بالضرورة مسألة معرفة ما إذا كان الإعسار، أي حالة إعسار شخص غير خاضع لنظام الإجراءات التجارية الجماعية، يؤدي دائماً إلى سقوط الأجل؛ وكلمة «إفلاس» التي استخدمها المشترع في عام 1804 كانت في الواقع مفهومة في معنى واسع، أي كمرادفة «للإعسار»[1]، وهذا ما تشهد عليه صيغة بعض مواد القانون المدني (المواد 1613 أو 1913 و2032).

ولوحظ أن قانون 25 كانون الثاني 1985 لم يلغ مبدأ سقوط الأجل إلاّ في ما يختص بإجراء التقويم القضائي. وانطلاقاً من هذه الملاحظة تم الأخذ بأن القانون الجديد على الصعيد التأويلي لم يكن متعارضاً مع الحفاظ على الاجتهاد القديم[2]. وجرى التمسك على وجه الخصوص بأن الاجتهاد بإمكانه اللجوء إلى إرادة الفريقين المفترضة للاحتفاظ بالحل التقليدي[3]. وهذا الحل لا يحمل على الاقتناع. فالمشترع ألغى صراحة المادة 1188 جزئياً والتغير ينزع، على العكس، إلى إثبات أن الإعسار لم يعد سبباً للسقوط ما دام التعبير «إفلاس» كان مفهوماً في معنى واسع. ولو كان المشترع قد توخى الحفاظ على الحلول القديمة لما حذف أي ذكر للإجراءات التي أحلها محل الإفلاس القديم. أما الرجوع إلى إرادة الفريقين المفترضة فهو متنازع فيه. وبالفعل تحتمي تقنية المحاكم هذه وراء المتعاقدين لتسويغ ممارسة سلطة معيارية ليست لها.

ويقتضي الإسناد إلى أسباب تسويغ قانون 25 كانون الثاني 1985 لإيجاد مبدإ الحل. كانت المادة 1188 في صيغتها الأولية تريد ذاتها قامعة. كان الأمر يتعلق بمعاقبة المدين؛ فالإعسار أو الإفلاس كان يعتبر كل منهما نتيجة التصرفات غير الشريفة، مما نتج عنه قمع جزائي. وقد عدّل المشترع المعاصر وجهة نظره: لم يعد الإفلاس مفترضاً أنه خاطىء، وتقويم وضع المدين الذي يواجه. صعوبة أملته المصلحة العامة يفرض غياب سقوط الأجل. والمصلحة العامة تتفوق على المصلحة الخاصة لدائن أعطى ائتماناً ويقود سقوط الأجل بالضرورة إلى تصفية موجودات المدين (أصوله). وانطلاقاً من هذه الاعتبارات، ما يصح بالنسبة إلى الإجراءات الجماعية يصح كذلك بالنسبة إلى المدينين في حالة إعسار، حتى ولو لم ينظم القانون في شأن هؤلاء المدينين إجراء مراجعة حساب المطلوبات (الخصوم). وقد أدت هذه

---

(1) انظر تعليق PLANIOL المذكور سابقاً ـ DEMOLOMBE المذكور آنفاً، رقم 664.

(2) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1185 والبند 1186، رقم 95 ـ وفي الاتجاه عينه MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Obligations، الجزء 2، النظام، الطبعة الثانية، رقم 57.

(3) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عينه، رقم 97.

الذهنية إلى الاعتراف بأن الإعسار لا يجر مطلقاً إلى سقوط الأجل. فالعقد لأجل، بالائتمان الذي يمنحه، يتيح، في فترة صعبة، تقويم الدفع المالي المثقل بالدين. وفي ذلك مظاهر المنفعة الاجتماعية لهذا النموذج من الاتفاقيات. ومصلحة الدائن الخاصة يجب أن تمحى.

يمكن أن تواجه هذه الفرضية ببرهان النص. يتم الاستناد إلى المادة 2032 ـ 2° من القانون المدني ـ غير المعدلة ـ التي بمقتضاها «بإمكان الكفيل، حتى قبل أن يكون قد دفع، مقاضاة المدين لكي يعوض عليه». وينجم عن اقتصاد هذا النص إنه إذا كان بإمكان الكفيل مقاضاة المدين المعسر مسبقاً فلأن هذا الأخير سقط حقه في الاستفادة من الأجل، ويستنتج من ذلك بالضرورة أن القانون الجديد لم يعدل الحل القديم. على أنه يبدو أن المشترع بتعديله المادة 1188 جوهرياً ـ ولها وجه مبدئي في حين أن المادة 2032 ـ 2° ليست سوى تطبيق خاص ـ من الجانب الأفضل للكفيل ـ ألغى بالضرورة المادة 2032 ـ 2°[1] ـ ويمكن كذلك الأخذ بأن المادة 1188 من القانون المدني لم تعد تستهدف سوى إنقاص الأمن الواقعي للمدين.

غير أن قانون 25 كانون الثاني 1985 لم يعدل نصاً آخر في القانون المدني يبرز الإعسار. فالمادة 1913 ما زالت تنص على أن «رأس مال الدخل المكوّن أبدياً يغدو أيضاً مستحقاً في حالة إفلاس المدين أو إعساره». ويتمثل هذا النص كاستثناء على المبدإ الذي نشأ[2].

بيد أن التحليل المعتمد، المرضي على الصعيد النظري، لا يقود إلاّ إلى تطبيقات استثنائية. وغالباً ما ينقص المدين حتى قبل أن يصبح معسراً، الضمانات التي أعطاها لمدينه لكي يحصل على سيولة أو ائتمان. والحال أن سقوط الأجل في هذه الفرضية قد حصل. وهذا يعني القول عملياً إن مدى إصلاح 25 كانون الثاني 198 محدود جداً في القانون المدني.

لقد أنشأ القانون رقم 89 ـ 1010 بتاريخ 31 كانون الأول 1989 في شأن تسوية أوضاع الإفراط في الاستدانة، من المادة 11 وما يليها «إجراء جماعياً للتسوية القضائية المدنية لعصوبات المدين المالية الموجود في وضع الاستدانة المفرطة المبينة في الفقرة الأولى من المادة الأولى» من القانون المذكور الذي أصبح مقنناً في المادة L1-232 وما يليها من قانون الاستهلاك.

وبإمكان قاضي التنفيذ الذي خلف محكمة البداية (القاضي الوحيد)، حسب المادة L.2-332، من قانون الاستهلاك «نشر نداء إلى الدائنين؛ إنه يتأكد من طابع الديون الأكيد والمستحق والمعين المقدار». وينتج عن هذا النص أن هذا الإجراء لا يجعل الديون مستحقة مما هو في

(1) انظر المدخل العام حول الإلغاء الضمني رقم 257.

(2) مع أن المسألة نظرية إلى حد ما يمكن التساؤل عما إذا كانت المادة 1913، في شأن الإفلاس أيضاً، هي استثناء للمادة 56 من قانون 25 كانون الثاني 1985.

وجهة سير معاكسة تماماً لهدف حماية أصحاب العلاقة التي ألهمت القانون الجديد.

وبمقتضى المادة L.2-331 من قانون الاستهلاك «يتميز وضع الاستدانة المفرطة للأشخاص الطبيعيين بالاستحالة الجلية بالنسبة إلى المدين حسن النية في أن يواجه مجموع ديونه غير المهنية المستحقة أو التي ستستحق». وهذا الوضع لا يختلط، نظرياً على الأقل، بالإعسار الذي لا يفرق بين الديون المهنية والديون الأخرى، ولا يتطلب حسن نية المدين، وبصورة خاصة لا يستدعي الإفراط في الاستدانة. وينبغي أن لا يبعد عن النظر أن الإعسار يجد مجاله، المقلص في الواقع، منقوصاً بالعمل بالقانون الجديد.

وقد اعتمدت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض هذا الحل صراحة في 12 كانون الثاني 1994[1] إذ حكمت بأن «افتتاح إجراء التسوية القضائية المدنية لا ينتج أي مفعول بالنسبة إلى استحقاق الديون». على أن محكمة النقض بينت أن افتتاح إجراء كهذا لا يمنع الدائنين من «التمسك لاحقاً بسقوط الأجل حسب النصوص العقدية».

174 ـ إنقاص الأمن بفعل المدين.

السقوط مبني على وجود وضع ضمني يلتزم المدين بمقتضاه بالحفاظ على الضمان المنشأ عند إبرام العقد (استناداً إلى الحالة التي كانت قائمة rebus sic Stantibus!).

ولا يتم السقوط إلاّ أن يكون المدين قد أنشأ أمناً حقيقياً لصالح الدائن، وهو غير ملزم بفعل ذلك[2]. وفي حال عدم وجود أي أمن معطى للدائن لا يكون لهذا الأخير «أي حق في أن يطلب» خلال مجرى تنفيذ العقد، أمناً خاصاً لم يتم الوعد به[3]. وينبغي أن يفهم بالضمانات الخاصة الاتفاقية الضمانات الشخصية كما العينية باستثناء الامتيازات القانونية العامة[4]؛ ويبرز النص بالفعل «ضمانات معطاة في العقد» يماثلها الاجتهاد بالأمن الموعود به في العقد[5]. وليست ذمة المدين المالية، وهي حق في الرهن العام لدائنيه، أمناً[6].

والفقه منقسم حول مسألة معرفة ما إذا كانت الامتيازات الخاصة يقتضي أن تماثل بالأمن المنصوص عليه في المادة 1188. فأكثرية المؤلفين تعطي جواباً إيجابياً[7]، باستثناء

---

(1) النشرة المدنية I، رقم 21، صفحة 17.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 24 تموز 1878، D.P.79، 1، 336.

(3) الغرفة المدنية، 10 أيار 1881، D.P.82، 1، 201.

(4) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN. J.RADOUANT et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1015.

(5) PLANIOL et RIPERI تأليف، P.ESMEIN, J.RADOUANT et G.GABOLDE المذكورين سابقاً، رقم 1015.

(6) النقض بمناسبة عريضة في 2 أيار 1900، S.1901، 1، 14 ـ النقض بمناسبة عريضة في 23 حزيران 1919، S.1920، 1، 134. انظر DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 677، صفحة 647، الذي يسوّغ التفسير التوسعي للمادة 1188 بالتمسك بالحلول الخاصة التي تنص عليها المادتان 1912 و1977 من القانون المدني.

(7) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عينه، رقم 75 ـ DEMOLOMBE المذكور سابقاً، =

السيد Derrida[1] والعميد Weill والسيد Terré على وجه الخصوص[2]. غير أنه جرى الحكم بأن زوال امتياز البائع ـ وهو امتياز مبني على الإرادة الضمنية ـ يؤدي إلى سقوط الأجل[3].

ويجب أن لا يكون إنقاص الأمن صادراً عن خطإ بالضرورة، ينبغي أن ينتج عن عمل إرادي للمدين. وهكذا جرى الحكم «بأن المادة 1188 من القانون المدني لا تلزم القاضي بأن يعلن أن المدين سقط حقه في الاستفادة من الأجل إلاّ عندما يكون المدين، بعمل صادر عن إرادة حرة، قد أنقص الأمن الذي أعطاه بمقتضى العقد للدائن، أو أنه لم يعط الأمن الذي وعد به»[4]. ويقدر مسلك المدين موضوعياً. وبالمقابل، إذا كان الإنقاص نتيجة إهمال الدائن، تكون المادة 1188 غير قابلة للتطبيق[5]، والأمر على هذا النحو عندما يكون النقص نتيجة حالة قوة قاهرة[6]، كحريق العقار المرهون مثلاً، ويبقى أن المدين يكون ملزماً عندها بتقديم أمن جديد.

وبالفعل يقتضي أن تقارن المادة 1188 بالمادة 2020، الفقرة الأولى، من القانون المدني، وبموجبها «عندما يقبل الدائن الكفيل إرادياً أو في القضاء، ثم يغدو معسراً، يجب تقديم كفيل آخر». ومعاقبة هذا النص هي سقوط الأجل[7]، ذلك بأن ثقة الدائن مبنية على ملاءة الكفيل الحالية والمستقبلية. وليس من الضروري أن يُعزى إعسار الكفيل إلى فعل المدين الأصلي. وثمة قاعدة أخرى مماثلة سنتها المادة 2131 من القانون المدني في ما يتعلق بإنقاص قيمة الأمن الرهني الناجم عن تشويه مادي للعقار. لا يكون ثمة سقوط للأجل

= رقم 672، صفحة 644 وصفحة 645. انظر النقض المدني في 24 تشرين الثاني 1969، S.70، 1، 120، الحكم، تطبيقاً للمادة 1613 من القانون المدني بأن إفلاس شخص ثالث قابل لإفقار الشاري لأجل لا يؤدي إلى سقوط الأجل.

(1) DEMOLOMBE المذكور آنفاً، رقم 645، صفحة 675، وصفحة 646 ـ PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN, J.RODOUANT et G.GABOLDE، المذكورين سابقاً، رقم 1015، صفحة 354 ـ، D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عينه، صفحة 78.

(2) F.DERRIDA، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة 2، ٧، الأجل، رقم 56.

(3) Obligations، رقم 915.

(4) انظر بالنسبة إلى امتياز البائع، النقض بمناسبة عريضة في 21 كانون الثاني 1861، Dalloz الدوري 61، 1، 170، يوميات الكتابة العدل، 1861، البند 17042، صفحة 109.

(5) النقض بمناسبة عريضة في 23 حزيران 1919 المذكور سابقاً.

(6) النقض بمناسبة عريضة في 24 تموز 1878 المذكور سابقاً، امتياز البائع غير المسجل من قبل.

(7) انظر بهذا المعنى DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 680، صفحة 648، ورقم 689، صفحة 654، وصفحة 655 ـ PLANIOL et REPERT، تأليف P.ESMEIN, S.RADOUANT et G.GABOLDE المذكورين سابقاً، رقم 1015 ـ صفحة 355 ـ P.DERRIDA المذكور سابقاً، رقم 68 ـ B.STARCK، Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 1148 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE المرجع عينه ـ MARTY, RAYNAUD et JESTAZ، المرجع عينه، رقم 57.

(8) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 1، صفحة 1؛ D.1983، الصفحة 170 من التقرير. ـ مجلة قصر العدل، 16 آذار 1983، بانوراما، 113، ملاحظات A.PIÉDELIEVRE.

في هذه الفرضيات بسبب إنقاص الضمان وإنما بسبب رفض المدين تقديم أمن جديد.

وإلى جانب المادة 1188، تنص المادة 13، الفقرة الأولى من قانون 17 آذار 1909 المتعلق ببيع المؤسسة التجارية ورهنها أن المالك، في حالة انتقال المؤسسة، عليه أن يخطر قبل خمسة عشر يوماً الدائنين المسجلين. وعدم القيام بهذه المعاملة يؤدي بحكم القانون إلى سقوط الأجل. وإذا تقيد المالك بهذا الإخطار ولم يحصل على موافقة الدائنين أو البائع يمكن أن تصبح ديون هؤلاء مستحقة فوراً إذا كانت نتيجة انتقال المؤسسة انخفاض قيمتها.

وتنص المادة 124، الفقرة الأخيرة، من القانون التجاري المتعلقة بقبول الكمبيالة على أن «رفض القبول يؤدي بحكم.القانون إلى سقوط الأجل على نفقة المسحوب عليه وحسابه». ولا يتعلق السقوط بالكمبيالة وإنما فقط بدين الساحب على المسحوب عليه (المؤونة أو الرد الأساسي)[1]. أما حامل الكمبيالة، حسب المادة 147 من القانون عينه، فإن رفض القبول الكامل أو الجزئي يتيح له ممارسة مراجعاته الصرافية ضد موقع السند شرط أن يكون قد قدم النُكْرة (الاحتجاج لعدم الوفاء) (المادة A148 من القانون التجاري)، إلاّ أن يكون معفى من هذه المعاملة (المادة 150 من القانون التجاري). ورفض القبول تجاه الساحب، وهو بالطبع من جملة الموقعين، يعادل إذ ذاك قدوم استحقاق السند الصِرافي ـ بدون أن يكون هناك بسبب ذلك سقوط للأجل بالمعنى المدني لهذا التعبير[2] ـ فليس له إذاً أي حق في المؤونة، مبني على الأقل على سنده الصِرافي.

والمصلحة المرتبطة بمحاصرة مؤونة سقوط الأجل، بالنسبة إلى المسحوب عليه في علاقته مع الحامل، والناجمة، كما رأينا، عن رفض قبول شرعي[3]، تكمن في واقع أنها ليست موجودة في وضع المسحوب عليه في يوم استحقاق الكمبيالة. فله الحق في تجاهل السند وهو غير ملزم بأن يدفع للحامل. ورفض القبول لا يؤدي إلى تجميد المؤونة لصالح الحامل النظامي للسند[4]. وليس المسحوب عليه مجبراً، بالاستقلال عن السند، إلاّ بموجب الرد الأساسي ـ المستحق أجله ـ الذي يربطه بالساحب[5]. فحقوق الحامل في المؤونة ليست إذاً «مجمدة».

---

(1) النقض التجاري في أول شباط 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 35، صفحة 32؛ D.1977، الصفحة 398 من التقرير، ملاحظة VASSEUR؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1977، صفحة 332، ملاحظة M.CABRILLAC et J-. L. RIVES- LANGES؛ المصارف، 1977، صفحة 1127.

(2) انظر المؤلفين المستشهد بهم والتعليق السابق.

(3) بمقتضى المادة 129، الفقرة 9، من القانون التجاري، لا يستطيع المسحوب عليه رفض قبوله عندما تكون الكمبيالة ناشئة عن تنفيذ اتفاقية متعلقة بتوريدات سلع ومعقودة بين تجار وكان الساحب قد نفذ موجباته العقدية.

(4) النقض التجاري في 24 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 119، صفحة 120؛ 1972 Dalloz، صفحة 686، تعليق ROBLOT؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1972، صفحة 964، ملاحظة M.CABRILLAC et J-.L. RIVES- LANGES.

(5) انظر M.CHANTEUX - BUI, Le refus d'accepter la lettre de change، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1978، صفحة 707 وما يليها.

ويعتبر أن عدم تنفيذ موجبات المقترض في مجال قرض الاستهلاك عموماً، ولا سيما عدم الدفع لدى استحقاق التسديد، يجيز للحامل طلب حل القرض. ولوحظ أن الأمر كان يتعلق بالأحرى بفسخ لأنه لم يكن ينتج مفعولاً رجعياً[1]. ويمكن في الواقع التفكير في أن الأمر يتعلق، بكل بساطة، بسقوط الأجل الذي يطال العقد بمجمله. وهذا ما يفسر بلا ريب غياب الرجعية.

175 ـ الأسباب العقدية.

سقوط الأجل يمكن أن يتم النص عليه تعاقدياً. فإمكان الفريقين أن يشترطا أن يؤدي قدوم حدث ما إلى سقوط الأجل، وهذه الواقعة غير أكيد بالضرورة. وينبغي أن لا تتوقف على إرادة الدائن التعسفية. هذا ما ينجم عن حكم أصدرته الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض في 14 آذار 1984[2].

كان أحد المستخدِمين قد أعطى قرضاً لأحد مستخدَميه، وكان العقد قد نص على أنه بإمكان المقرض «إذا شاء ذلك» أن يطلب التسديد الفوري إذا توقف نشاط المستخدَم في المؤسسة. وقد جرى صرف الأجير لسبب اقتصادي وتمسك المستخدِم بالبند الوارد في العقد. وتمسك المدين بأن بند السقوط كان إرادياً صرفاً. وقد ردت محكمة النقض الطعن ضد الحكم الذي استبعد هذه البرهنة بأن أخذت «بأن محكمة الاستئناف التي تحققت من أن التسريح لم يتوقف على إرادة الشركة التي كانت مكرهة على اللجوء إلى هذا الدبير بسبب وضعها الاقتصادي، قدرت بصواب أن الشرط المنازع فيه لم يكن إرادياً بحتاً». ونجد هنا نظرية الشرط الإرادي، وبصورة أعم تطبيق المبدإ الذي بموجبه ينبغي أن لا يكون العقد متوقفاً على إرادة أحد الفريقين التعسفية.

2) مفاعيل السقوط:

176 ـ بين الفريقين.

المبدأ بين الفريقين هو أن كل شيء يجري كما لو أن الموجب قد حصل في استحقاقه الطبيعي. فباستطاعة الدائن إنذار المدين لينفذ موجبه، ومفعول ذلك جعل العطل والضرر ساريين (المادة 1146 من القانون المدني). وفي حال عدم وجود شرط مخالف يستمر معدل الفائدة الاتفاقي في التطبيق حتى تسديد المدين كل ما عليه[3]. ونقطة انطلاق التقادم تحسب اعتباراً من الحكم بالسقوط. وينتج عن ذلك، في قانون الاستهلاك، أن التقادم المحدد

---

(1) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء XI، الطبعة الثانية، تأليف ROUAST, SAVATIER, LEPARGNEUR et BESSON، رقم 1147، صفحة 476 وصفحة 477.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 112، صفحة 93.

(3) النقض التجاري في 12 تموز 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 216 (في شأن سقوط أجل قرض) ـ قارن بالنقض التجاري في 15 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 25، صفحة 20 (في صدد حل عقد ائتمان إجارة بيعته).

بسنتين في المادة L37-311، الفقرة الأولى، من قانون الاستهلاك (ائتمان المنقول) لا يمكن تعديله بتصرفات المقرض بعد الحكم بالسقوط[1].

وبإمكان القاضي، حتى ولو أن سقوط الأجل غالباً ما هو مسوّغ بخسارة ثقة الدائن، أن يمنح المدين مهلة إضافية لكي يتحرر (المادة 1244 ـ 1 من القانون المدني)[2]. باستثناء الشأن الصرافي (المادة 182 من القانون التجاري)[3]. غير أن تأجيل الدين الناتج عن القرض أو تدرجه، عندما يكون المدين خاضعاً للتقويم القضائي، لا يمكن أن يتجاوز خمس سنوات لأن مفعول سقوط الأجل هو أن القرض لم يعد جارياً بمعنى المادة L5-332 من قانون الاستهلاك[4].

إن المادتين L30-311 و L22-312من قانون الاستهلاك تنظمان نتائج تخلف المقترض الذي يؤدي إلى سقوط الأجل. وللمقرض الحق في الحصول على التسديد الفوري لرأس المال المتبقي والمتوجب، وكذلك دفع الفوائد المستحقة. والتعويض الذي يمكن أن يطالب به المقرض بصفة بند جزائي منظم على وجه الخصوص بدون المساس بتطبيق المادة 1152 من القانون المدني التي تسمح للقاضي بأن يخفض، حتى تلقائياً، جميع العقوبات المفرطة بصورة جلية.

177 ـ تجاه الكفلاء والشركاء في الالتزام.

الاجتهاد مستقر بمعنى أن سقوط الأجل الذي يصيب المدين الأصلي لا يمكن أن يمتد إلى الكفيل[5]. ويسوّغ هذا الحل الحامي للغاية، بقاعدة القوة الملزمة للعقود[6]. وهكذا يطبق المبدأ القانوني العام «التابع يتبع الأصلي»، والمادة 147 من القانون التجاري، المذكورة سابقاً، هي استثناء للقاعدة تجاه موقعي الكمبيالة.

وقد انتقد السيد Mouly الاجتهاد بشدة. لن يكون هناك، في عرفه، أي سبب لتطبيق

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 160.

(2) النقض التجاري في 24 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 228.

(3) النقض التجاريّ في 24 حزيران 1969، المذكور آنفاً، وكذلك النقض التجاري في 14 حزيران 1971، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، II، 17310، تعليق J.C.GROSLIERE.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 حزيران 1993، النشرة المدنية، I، رقم 220، صفحة 153. عندما يكون القرض سارياً بإمكان القاضي أن يرحله أو يدرّجه إلى «نصف المدة الباقية».

(5) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 415، صفحة 304؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، II، 18611، طلبات المحامي العام GULPHE؛ فهرس Defrénois، 1977، البند 31462، رقم 26، صفحة 921، ملاحظة J.L. AUBERT؛ فهرس Defrénois، 1978، صفحة 373، ملاحظة J.V.؛ Dalloz 1977، الصفحة 148 من التقرير. كان الأمر يتعلق بكفيل متضامن، بيد أن التعليل المبدئي ـ والرقابي ـ ينص على ما يلي: «إن محكمة الاستئناف، بجعل سقوط الأجل الذي أصاب المدين الأصلي يمتد إلى الكفيل قد انتهكت المادة 2015 من القانون المدني». ـ نقض بمناسبة عريضة في 3 تموز 1890، D.P.91، 1، 5، تعليق PLANIOL.

(6) انظر: Ph. SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes، الطبعة الثانية، 1991، رقم 443 وما يليه، والمؤلفين المعتمد بهم، التعليق 142.

قاعدة التابع. ثم إن قصدية الكفالة تدين التفسير المعتمد. «إن هدف الكفالة، لأنها ضمان في حالة عدم التنفيذ، تلطيف تخلف المدين الأصلي. وهذا يعني بالتالي احترام جوهرها بجعلها تقوم بدورها في حال كون المدين الأصلي، غير الجدير بالثقة التي وضعت فيه، قد هبطت منزلته قبل الاستحقاق المنصوص عليه»[1]. ويلاحظ المؤلّف أيضاً، في مادة الصرافة، أن الضامن ـ الكفيل الصرافي ـ خاضع لسقوط الأجل (المادة 147 من القانون التجاري).

بيد أنه ينبغي، في القانون، الأخذ في الحسبان أن امتداد سقوط الأجل إلى الكفيل سيكون مفعوله امتداد الكفالة «خارج الحدود التي جرى التعاقد على أساسها»، وذلك انتهاك للمادة 2015 من القانون المدني كما رأت محكمة النقض، يضاف إلى ذلك أن اجتهاد محكمة النقض يسوّغ بالإنصاف. وبالفعل يلتزم الكفلاء، في العديد جدا من الفرضيات، بدون أن يكونوا واعين تماماً لامتداد واجبهم. وواقع أن الكفالة لا تؤدي إلى أي إفقار للذمة المالية في يوم عقدها ليس أجنبياً عن هذا الوضع. ورفض مواجهة الكفيل بسقوط الأجل، في هذه الرؤية، هو تدبير حماية مفيد، وهو مسوّغ أيضاً من وجهة نظر أخرى. فالضامن الذي يعرف أن عليه أن يدفع بإمكانه اتخاذ التدابير التي تمنع «الأخذ بتلابيبه».

وتنظم المادة 1208 مصير الشركاء في الدين المتضامنين الذين ينبغي مماثلتهم بالكفلاء المتضامنين. ويأمر هذا النص بالتفريق بين وسائل الدفاع الشخصية البحت أو الشخصية بلا تعقيد. فليس بإمكان الأولى أبداً أن تفيد الشركاء في الدين. والأخرى تفيد المدينين الآخرين في نسبة متكافئة مع النسبة التي تفيد المدين المحرر[2]. ويتوافق المؤلفون على الاعتراف بأن الدفوع الشخصية الصرف تحوي كيفيات خاصة بأحد المدينين، كالأجل أو الشرط[3]. وسقوط الأجل إذاً غير قابل للاحتجاج به في وجه الشريك في الدين والكفيل المتضامن[4]. وتحدد المادة 1201 من القانون المدني أن موجباً تضامنياً ما يمكن أن يتأثر بآجال مختلفة حسب المدينين.

---

(1) Les causes d'extinction du cautionnement، منشورات Litec، 1979، مقدمة CABRILLAc، رقم 235، صفحة 286.

(2) F.DERRIDA، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V التضامن، 1975، رقم 92 وما يليه ـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، تأليف P.ESMEIN J.RADOUANT et G.GABOLDE، رقم 1078، صفحة 446 ـ B.STARCK, Obligations، المجلد 3، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 196 وما يليه ـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈS المذكوران سابقاً، رقم 1152، صفحة 670.

(3) المولفون المستشهد بهم.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، الحكم المذكور سابقاً ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 254، صفحة 220. انظر Ph. SIMLER المذكور آنفاً، رقم 443. وكذلك: بالنسبة إلى عرض الأسباب لصالح امتداد سقوط الأجل ولصالح عدم الحجية، M.CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1993، رقم 208 وما يليه.

وجرى نقاش حول نقطة معرفة ما إذا كان سقوط الأجل الذي نصت عليه المادتان 91 و160 من قانون 25 كانون الثاني 1985، ينبغي أن يمتد إلى الكفيل المتضامن والعادي أم لا، ذلك بأن النصوص لا تحدد تجاه من ينتج السقوط مفعوله. إن بعض المعلقين على القانون يؤيد الحفاظ على الحلول الصادرة في ظل قانون 13 تموز 1967[1]، أي أن السقوط يتعلق بالمدين وحسب. ويتبنى آخرون موقفاً معاكساً[2]. ومن الملائم، تجاه صمت القانون، الرجوع إلى القانون العام (droit Commun). فالمادة 2015 من القانون المدني تحدد أن الكفالة لا يمكن أن تمتد خارج الحدود التي تم التعاقد عليها، مما يشمل الأجل الذي يؤثر في الدين المضمون من الكفيل. وبالتالي لا يمكن الادعاء، في حال عدم وجود نص معاكس للقانون التجاري، أن هذا النص يجب استبعاده. ويتعذر تسويغ حل معاكس بالأخذ بأن «القاعدة المدنية لاحترام نية الفريقين يجري التخلي عنها أمام ضرورات قانون الأعمال»[3]. إن ضرورات الأعمال لا تجيز استبعاد مراعاة القانون المدني، ما عدا استثناءات نادرة جداً ناتجة دائماً عن ممارسة طويلة ولّدت عرفاً حقيقياً معاكساً للقانون. وقد كرست الغرفة التجارية هذا الرأي الأخير في حكم بتاريخ 8 آذار 1994[4]. فقد حكمت «بأن سقوط الأجل المتفق عليه الناتج عن الحكم بالتصفية القضائية بالنسبة إلى المدين الأصلي ليس له مفعول إلاّ تجاه هذا الأخير ولا يمكن أن يمتد إلى الكفيل في حال عدم وجود شرط معاكس». إن الغرفة التجارية، بالحكم على هذا النحو، تتبنى الحل عينه الذي اعتمدته في ظل قانون 13 تموز 1967[5].

ولا يمنع أي نص قانوني مع ذلك الفريقين من الاتفاق على أن سقوط الأجل يكون محتجاً به، عند الاقتضاء، في وجه الكفيل[6]. وقد أضفت محكمة النقض صراحة الصحة على اشتراط من هذا النموذج إذ حكمت «بأن سقوط الأجل الذي يتحمله المدين الأصلي المتخلف لا يمتد من حيث المبدأ إلى الكفيل المتضامن الملاحق من قبل المدين الأصلي للدفع إلاّ أن يكون هذا الكفيل قد جعل تعهده التعاقدي ممتداً في حالة سقوط الأجل»[7].

---

(1) G.RIPERT. Traité de droit commercial، تأليف R.ROBLOT، الجزء II، الطبعة 11، L.G.D.J، 1988، رقم 3235 ـ Ph. SIMLER، المرجع عينه، رقم 444.

(2) D.VEAVX، بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عينه، رقم 119.

(3) D.VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، المرجع عينه.

(4) مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، I، 3781، صفحة 354، ملاحظة M.BILLIAU.

(5) انظر على سبيل المثال النقض التجاري، 5 تشرين الأول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 254، صفحة 220؛ فهرس Defrénois، 1984، البند 33379، رقم 88، صفحة 1070، ملاحظة J.- L.AUBERT.

(6) انظر Ph.SIMLER المذكور سابقاً، رقم 444 ـ M.CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، رقم 210.

(7) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 290، صفحة 247.

وتطرح مسألة معرفة ما إذا كان بإمكان الفريقين قانوناً النص على سقوط تعاقدي لأجل الموجب بفعل فتح إجراء تقويم قضائي، في حين أن الحكم، كما سبق أن رأينا، لا يتضمن سقوط أجل الدين الأصلي. والجواب الذي أعطاه معظم المؤلفين سلبي[1]. والمادة 2013 من القانون المدني تحظر الكفالة التي تتجاوز ما هو متوجب على المدين أو التي يتم التعاقد عليها ضمن شروط باهظة. ولا يكون شرط السقوط صحيحاً إلاّ عندما يتحمل المدين وحده سقوط الأجل.

ب ـ التعديل الإرادي (أو الطوعي):

178 ـ الفريقان حران دائماً في تعديل سقوط الأجل في اتجاه الاستباق أو التأجيل.

يمكن أن يكون الامتداد صريحاً ويمكن أن يكون ضمنياً. وهكذا يمكن أن يعتبر المقرض الذي لا يسوّغ عدم محاولته تغطية دينه في الاستحقاق، ولم يتدخل لدى المدينين، ولم يلجأ إلى الملاحقة، انه وافق ضمناً على امتداد الأجل للمدينين الأصليين[2]. ويمتلك قضاة الأساس في هذا الصدد سلطة سيدة.

وهذه المسألة تهم الأشخاص الثالثين الكفلاء أو الشركاء في الالتزام على وجه الخصوص. وعندما يتحدد الأجل يكون مصيرهم قد سُوي استناداً إلى الحالة التي كانت قائمة وفقاً للمبادىء المعتمدة في شأن السقوط. لذلك سيتم **تفحص مفعول التأجيل الإرادي للأجل بالنسبة إلى الكفلاء والشركاء في الالتزام.**

فحسب المادة 2039 من القانون المدني «مجرد امتداد الأجل المعطى من الدائن للمدين الأصلي لا يبرىء الكفيل إطلاقاً، وبإمكانه، في هذه الحالة، ملاحقة المدين لإجباره على الدفع». وبما أنه لا يمكن أن يعامل الكفيل بقسوة أكثر من المدين الأصلي، على الأقل عندما لا يكون متضامناً[3]، ففي وسعه مواجهة الدائن بالاستفادة من الأجل المعطى

---

(1) انظر بهذا المعنى B.SOINNE, Le cautionnement et la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation Judiciaires، A.L.D، 1985 صفحة 99. ـ M. JEANTIN, Droit Commercial, Instrument de paiement et de crédit, Entreprises en difficulté، موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، 1922، رقم 890؛ A.VIANDIER et G.ENDREO, Redressement et liquidation Judiciares, Loi du 25 Janvier 1985 commentée article par article et décréts d'application، منشورات Litec، 1986، صفحة 53، وصفحة 54 ـ G.RIPERT Traité de droit commercial، تأليف R.ROBLOT، الجزء II، الطبعة 11، L.G.D.J.، 1988، رقم 2968، صفحة 818. انظر مع ذلك Y. CHAPUT, Droit de redressement et de la liquidation Judiciaires des P.U.F، رقم 301، صفحة 270، الذي يتساءل حول طابع الانتظام العام أم لا للمادة 2013، الفقرة 1، من القانون المدني، وهو يرى أنه من غير الأكيد أن الاجتهاد يدين شرط السقوط المتعلق بالكفيل وحده.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 353، صفحة 246.

(3) يتم كقاعدة عامة رفض هذه الإمكانية للكفيل ذلك بأن مفاعيل كفالة كهذه ينبغي تسويتها عن طريق المبادىء القائمة بالنسبة إلى الديون التضامنية. وكان هذا المفهوم موضع انتقاد، Ph. SIMLER, Le cautionnement، رقم 290، صفحة 292.

للمدين[1] أو التحرر فوراً بملاحقة المدين أو بتسديد الدائن الملزم بقبول الدفع[2]. وتسوّغ هذه الحلول على وجه العموم بالطابع التابع لتعهد الكفيل وبفكرة أن الكفيل لا يمكن إلزامه خارج الاستحقاق الذي قبله[3]. إن قبول أن يتحرر الكفيل تجاه الدائن ضمن بعض الشروط هو في النهاية تطبيق للمادة 1134 من القانون المدني.

وفي مناسبة دراسة التفويض جرى اقتراح تفسير آخر يرتكز على تحليل الأجل[4]. إن الفريق الذي أعطي الأجل لمصلحته يستطيع وحده العدول عنه وإجبار الفريق الآخر على تلقي الوضع، إلاّ أن يكون الأجل قد أعطي لمصلحة المدين والدائن[5]. وإذا تفحصنا نصوص المادة 2039 من القانون المدني ذاتها نلاحظ أن تمديد الأجل يمنحه الدائن للمدين: «مجرد تمديد الأجل الذي يمنحه الدائن للمدين الأصلي...». «ذلك يعني أن تمديد الأجل يفيد المدين، وإذا وافق الدائن على ذلك فلصالح المدين وليس لصالحه هو طالما أنه ليس من مصلحته بديهياً تأخير آونة الدفع. لا شك في أن الدائن يوافق على منح المدين مهلاً من أجل الحصول على الدفع ومن مصلحته بالتالي منح مدينه المتخلف تأجيلاً غير أنه يبقى أن تمديد المهلة يفيد المدين وحده وليس الدائن الذي يأمل فقط، بتمديد الأجل، في الحصول على الإرضاء الذي له الحق في حسبانه»[6]. والمدين وحده إذاً بإمكانه التمسك بتأجيل الأجل. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الكفيل.

«يجري تفسير قاعدة المادة 2039 من القانون المدني بشكل رئيسي بالنسبة إلى القواعد المتعلقة بمبدأ الأجل، بالاستقلال عن أي اعتبار آخر. وهذا يعني أيضاً التأكيد أن المادة المعنية لا تستهدف سوى فرضية واحدة، هي فرضية تعديل الأجل لصالح المدين، تاركة التمديد المبرم لصالح الدائن أو التمديد الممنوح لصالح الدائن أو المدين خارج حقلها»[7]. وعندما يمنح تمديد الأجل للمصلحة المشتركة للدائن والمدين ينبغي أن يستعيد القانون العام (droit commun) للمادة 1165 من القانون المدني سلطانه. ولا يمكن أن تضر الاتفاقية التعديلية للأجل بالكفيل الذي لا يمكن أن يتفاقم وضعه بدون رضاه.

وتمديد الأجل تجاه الشركاء في الدين المتضامنين هو بدون تأثير. وقد رأينا بالفعل أن تعديل الأجل استثناء شخصي بحت للمدين[8].

---

(1) Ph.SIMLER المذكور سابقاً، رقم 289، صفحة 291 ـ Ph. DELEBECQUE موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v° الكفالة، رقم 151. وعلى نقيض ذلك: Ch. MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement، منشورات Litec، 1979، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 236، صفحة 290.

(2) Ph. SIMLER المذكور آنفاً، رقم 291، صفحة 293؛

(3) Ph. SIMLER المذكور سابقاً، رقم 296 صفحة 301.

(4) M. BILLIAU, La délégation de créance، أطروحة في باريس I، L.G.D.J. 1989، مقدمة J.GHESTIN، رقم 278.

(5) PLANIOL et RIPERT، تأليف ESMEIN, RADOUANT، GABOLDE، رقم 1002، صفحة 339.

(6) M.BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 272.

(7) المرجع عينه.

(8) انظر الرقم 177 السابق.

القسم 2

اختيار نقطة القدوم

179 ـ صحة مبدإ العقود لمدة غير محددة

سبق أن رأينا أن الفريقين لهما حرية هامة نسبياً لتحديد نقطة انطلاق تنفيذ العقد أيّاً كانت مدة تنفيذه. وفي ما يختص بتحديد نقطة القدوم يمتلكان الحرية المبدئية عينها، إلاّ في ما يتعلق بالعقود ذات التنفيذ الفوري بسبب الطابع الفوري للتنفيذ.

وقد بيَّن السيد Azéma[1]، من جهة أولى، أن الفريقين كانا دائماً حران في تحديد اتفاقيتهما في الزمان، ومن جهة ثانية وعلى وجه الخصوص كانت العقود لمدة غير محددة قانونية رغماً عن غياب نص يتيح ذلك في القانون المدني. ولاحظ المؤلف، بعد إحصاء نصوص عديدة تفسح في المجال لإمكانية إبرام عقد لمدة غير محددة، أن الاجتهاد، تجاه صمت النصوص، يضفي الصحة على العقود المبرمة بدون تحديد المدة. «صحة التعهد لمدة غير محددة تشكل المبدإ القانوني للعقود»[2].

ولا يصح الادعاء، بصورة عامة، أمام عقد لمدة غير محددة، بأن ثمة عدم تحديد للكميات الموعود بها بمعنى المادة 1129 من القانون المدني. وبالفعل يشترط الفريقان اعتيادياً لدى إبرام العقد معايير موضوعية تتيح تحديد الكميات. فمهمة الأجير في عقد العمل محددة والأجر محدد نسبياً إلى الوقت. ولا تتوقف التقديمات المتبادلة إذاً على الإرادة التعسفية لأحد الفريقين أو لتوافق جديد للإرادة[3]. على أن الكميات المتوجبة إجمالاً، في بعض الاتفاقيات لمدة غير محددة، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بعقود تنفيذ متعاقب أو متدرج، يمكن أن تكون غير محددة مما يطرح مسألة صحة العقد تجاه المادة 1129 من القانون المدني[4].

---

(1) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 135 وما يليه، صفحة 109 وما يليها.

(2) المرجع عينه، رقم 120، صفحة 145، أضف إلى ذلك J.HÉMARD تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1965 Dalloz, 1964 صفحة 73.

(3) انظر الرقم 210 التالي وما يليه حول تأثير الإرادة التعسفية لأحد الفريقين في مدة العقد لمدة غير محددة.

(4) انظر الرقم 200 اللاحق وما يليه.

وبعض التعهدات الأبدية محظر ومدة تنفيذ عدة عقود خاصة محددة تعسفياً؛ يضاف إلى ذلك أن القانون، أو الاجتهاد، عندما لا يعين الفريقان صراحة مدة تعهدهما، يلجأ إلى قرائن المدة.

الفقرة 1 - تحظير بعض التعهدات الأبدية

180 - سندرس التحظيرات التي سنّها القانون المدني، ثم التحظيرات الناجمة عن نصوص أخرى أو نصوص لاحقة للقانون المدني؛ وأخيراً سنقدم، بسبب الطابع المجزأ للحلول التي اعتمدها القانون الوضعي، محاولة تركيب.

I - تحظيرات القانون المدني

181 - لا تحوي مدوّنة القانون المدني أي نص له مدى عام يحظر التعهدات الأبدية. هناك وحسب بعض النصوص المتعلقة بالعقود الخاصة يسنّ ممنوعات[1]. والنصان اللذان أفسحا في المجال لبعض المنازعات القضائية هما: منع الإيجارات الأبدية ومنع إجارة الخدمة الأبدية.

أ - تحظير بعض الإيجارات الأبدية:

182 - الأساس التاريخي.

تحظير الإيجارات الأبدية مسوّغ تاريخياً كالمؤسسات الأخرى التي يمكن أن تعتبر المادتان 900 و1172 من القانون المدني في عدادها، وكذلك منع بعض أنواع الاستبدال (المادة 896 من القانون المدني) بهاجس القطيعة النهائية مع النظام الإقطاعي ولا سيما مفهومه لقانون الملكية[2].

وكتب Garsonnet في عام 1978: «الإيجار الأبدي والإيجار لمدة طويلة كانا القانون

---

(1) المادة 530 من القانون المدني المتعلقة بطابع إمكانية الشراء بعد البيع بشكل أساسي في شأن الدخل العقاري الأبدي - المادة 630 من القانون المدني التي تحدد بثلاثين سنة حق الانتفاع المعطى للأشخاص المعنويين - المادة 1709 من القانون المدني المتعلقة بإجارة الأشياء، وقانون 18 - 29 كانون الأول 1790 المتعلق بشراء الدخل العقاري بعد البيع، وقانون 25 حزيران 1902 أصول إيجار الحكم الحكمي - المادة 1780 من القانون المدني في شأن إجارة الخدمات - المادة 1838 من القانون المدني (المعدلة بقانون 4 كانون الثاني 1978) التي تحدد بتسعة وتسعين عاماً مدة الشركات. وتنص المادة 1869 القديمة من القانون المدني (الملغاة بقانون 4 كانون الثاني 1978) وما يلي «حل الشركة بإرادة أحد الفريقين لا يطبق إلاّ على الشركات ذات المدة غير المحددة ويتم بالعدول المُبَلّغ إلى الشركاء جميعاً على أن يكون هذا الحل عن حسن نية وأن لا يتم في غير محله» - المادة 1911 من القانون المدني حول طابع إمكانية الشراء بعد البيع للدخل الأبدي.

(2) انظر حول النظام الإقطاعي A.ESMEIN, Cours élémentaire d'histoire du droit français، الطبعة الثانية، 1895، منشورات Larose صفحة 191 وما يليها.

العام (Droit Commun) للملكية في فرنسا قبل عام 1789: لم يكن على وجه التقريب أي قسم من الأرض غير مملوك بموجب هذا العقد. فكان الأرقاء كما الأحرار ملزمين بترسيخ منح الإقطاعة التي كانت تقودهم ببطء وإنما بصورة أكيدة إلى الملكية»[1]. وليس من المبالغ فيه، بعد هذا المؤلف، التأكيد أن الأمر كان يتعلق بنظام عبودية الأشخاص. كانت هناك ثلاثة نماذج رئيسية من الإيجارات الأبدية أو لمدة طويلة: الإيجارات التي لا تنقل الملكية إلى المستأجر وإنما تنقل وحسب حقاً عينياً بالانتفاع، والإيجارات التي لا تنقل الملك النافع مع الاحتفاظ بملك مباشر أو مرتفع لصالح المؤجر، والإيجارات التي تنقل كامل الملكية مع الاحتفاظ بمجرد حق عيني للمؤجر[2].

ويبدو، بمتابعة ما بسطه Garsonnet، أن تحظير الإيجارات الأبدية للمستقبل كان مرتبطاً بالطابع الناقل للملكية جزئياً لبعضها، مما يفسر إمكان الشراء بعد البيع. «كان واضعو قوانين الثورة يتوخون دائماً أن لا يكون المراد جعل المستثمر مالكاً وهو لم يكن مالكاً، وإنما السماح للمالك المثقل بالريع ولحائز الملك النافع بالتحرر من العائدات التي كانت حتى ذلك التاريخ من المتعذر شراؤها بعد البيع: لم تغير هذه القوانين إذاً شيئاً في الإيجارات التي لم تكن تنقل الملكية. وكان في ذهن لجنة الإقطاع التي حضرت مرسوم 15 ـ 28 آذار 1790 أن إمكانية الشراء بعد البيع كانت ترتكز فقط على حق شراء ملكية من قبل من لا يملكها: الملك المباشر[3]، في حال عدم ملكية ملك نافع، وتحرير الملكية إذا كان الملك مثقلاً بالريع، كما أن هذه القوانين لا تطبق أيضاً على الإيجارات الناقلة للملك النافع وإنما الموقت، وإلا كان ذلك استملاك الملك المباشر بدلاً من تخصيص ملكية أبدية لمن تلقاها لزمن معين: تسعة وتسعون سنة كانت الحد بين الإيجار الأبدي والإيجار الموقت»[4]. وقد تعدل هذا الفكر الثوري بنظرية Merlin وTronchet التي يكون الإيجار الأبدي بمقتضاها بالضرورة ناقلاً للملكية.

ومنع للإيجارات الأبدية أخيراً، في ذهنية عام 1789 لا يبدو مسوّغاً بطابعها الأبدي وإنما من جهة أولى بسبب الاستحالة التي تضع فيها المستأجرين لكي يكتسبوا نهائياً الملكية التامة والكاملة التي لم يكن لهم فيها سوى جزء، ومن جهة ثانية بسبب ارتباط الناس بالأرض التي كانوا يتولون معاملتها بفضل مفهوم تجزئة حق الملكية. وليس من الإسراف تأكيد أن حق الملكية الإقطاعية كان يحرم الإنسان من أي حرية حركة، كما تمنع جذور الشجرة تحركها.

وهكذا يفسر بما فيه الكفاية تحديد الإيجارات الناقلة للملكية في الزمن وليس منع هذه الإيجارات، وبالتالي بدون إمكانية الشراء بعد البيع التي نصت عليها المادة الأولى من قانون

---

(1) Histoire de locations perprétuelles et des baux à longe-durée، منشورات Larose 1878، صفحة 388.

(2) GARSONNET المذكور سابقاً، صفحة 389.

(3) التعبير مرادف «للملك المرتفع».

(4) المذكور آنفاً، صفحة 540.

18 ـ 29 كانون الأول 1790 وبمقتضاها: «جميع المداخيل العقارية الأبدية، سواء أكانت عينية، أو بالعملة، ومن أي نوع كانت، وأياً كان مصدرها، وأياً كان الأشخاص المستحقة لهم» سواء أكانوا أشخاص حيازة معنويين، أو أصحاب ملك، أو أصحاب إقطاعة، حتى المداخيل الهبات والإيصاء أو الحسنات أو الميرة، قابلة للشراء بعد البيع؛ وحقوق الإقطاعي في قسم من المحصول من أي نوع كان وتحت أي تسمية، هي أيضاً قابلة للشراء بعد البيع بالمعدل الذي سيحدد في ما بعد. ويمنع، إضافة إلى ذلك، في المستقبل إنشاء أي عائدة عقارية غير قابلة للسداد، بدون المساس بالإيجارات ذات الدخل أو الحكر الحكمي وغير الأبدية التي ستنفذ لمدتها الكاملة، ويمكن أن تعقد في المستقبل لتسع وتسعين سنة وأقل» وكذلك الإيجار لمدى الحياة حتى بالنسبة إلى عدة أشخاص، شرط أن لا تتجاوز العدد ثلاثة».

لقد أراد التشريح الثوري نفي المفهوم الإقطاعي للملكية إلى الأبد، مع ما لهذه الكلمة من معنى، بدون منع بعض التعهدات الشخصية المحض ذات الطابع الأبدي. ومما له مدلوله إيراد حكم للمحكمة الملكية في ليموج بتاريخ 20 حزيران 1840[1]، الناظرة في مسألة معرفة ما إذا كانت إمكانية الشراء بعد البيع متاحة أمام مستأجري عقد إجارة أو مزارعة أبدية[2]. وكان جواب المحكمة سلبياً لأسباب التسويغ التالية: «لا يمكن قبول أن القوانين حول إعادة شراء المداخيل بعد البيع أرادت تشويه العقود ونقل حقوق الملكية، وبذلك لم يكن من الممكن أن يكون في ذهنية هذه القوانين أن تخضع لإعادة الشراء بعد البيع اتفاقيات أو إيجارات أخرى غير التي كانت، بطبيعة العقد، ناقلة للملكية لصالح المدين بالدخل أو العائدة؛ بيد أنه إذا تفحصنا ما هي أنواع الطابع الخاص لإيجار الإكارة الأبدية حيث لا يكون للمستأجر فيها حق بيع العقار أو رهنه، ولا الحق في أن يقيم دعوى أو يدعم أمام القضاء الدعاوى المتعلقة بها، ولا حق قطع الأشجار، ولا تغيير الزراعة بدون موافقة المؤجر، فمن البديهي أن لا يكون للعقد أي طابع ناقل للملكية لصالح المستأجر، وأن خصائص الملكية تستمر في أن تكون في يد المؤجر...» «وأن القوانين المتعلقة بالشراء بعد البيع الأكثر غيرة على تحرير الأرض من الحفاظ على حقوق الملكية سليمة أرادت تحويل نقل ملكية امتياز تمتع أبدي، وينبغي على الأقل ليكون لها هذا المفعول أن يكون للامتياز المتفرغ عنه الطابع

---

(1) يوميات الكتابة العدل، 1840، البند 10797، صفحة 229 وما يليها.

(2) كان الأمر يتعلق بعقد من القانون القديم يتفرغ بمقتضاه مالك عن حق الانتفاع لأحد الأفراد تمتع به هو وفروعه إلى الأبد، تحت شرط قسمة الثمار. وكان هذا الحق ينتقل من جيل إلى جيل في عمود نسب مباشر بدون حق الذكورة. ولم يكن بإمكان المالك طرد المؤاكر إلاّ أن يتنازل له عن ثلث العقار أو بتعويض يعادل هذا الثلث، انظر على وجه الخصوص يوميات الكتابة العدل، جدول 1808 -1865 v° إيجار المزارعة الأبدي أو المؤاكرة الأبدية. أضف إلى ذلك PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء X، الطبعة الثانية، L.G.D.J، 1956، تأليف J.HAMEL, Fr. GIVORD et A.TUNC، رقم 714 ورقم 715.

المزدوج في أن يكون حاصراً وغير قابل للرجوع عنه، في حين أن حيازة المؤاكر الأبدية وإيجار الإكارة الأبدية في المانش القديم، ليس لأي منهما أي نوع من هذا الطابع. . .». وفي 11 آب 1840[1] ردت محكمة النقض الطعن بحجة «أن المؤجر، حسب العادات والأعراف والاجتهاد المتبع في الأرياف القديمة في ليموزان والمانش، كما تحقق منه الحكم المطعون فيه، في المؤاكرة الأبدية، يحتفظ بالفعل بملكية العقار الذي لا يكتسب المستأجر فيه إلاّ الحقوق العائدة للمؤاكر العادي، وأن قانون 29 كانون الأول 1790 الذي أعلن أن جميع العائدات قابلة للشراء بعد البيع لا يتضمن أي نص يطبق على إيجار المؤاكرة الأبدية. . . .».

وعليه يمكن أن نخلص من ذلك إلى أن القانون الوسيط لم يحظر الإيجار لمدة أبدية وإنما فقط الإيجار الذي ينتج مفعولاً ناقلاً به من أجل منع أي عودة إلى النظام الإقطاعي[2]. ولدى المناقشات التحضيرية كانت المسألة الوحيدة التي جرت مناقشتها هي مسألة إعادة إيجارات الدخل العقاري الأبدية[3]. وقد أدان القانون المدني من جديد المداخيل العقارية الأبدية (المادة 530)، وبصورة أعم المداخيل الأبدية (المادة 1911). أما المادة 1709 فيبدو أنها، تجاه هذا النمو، احتفظت بالفكرة الثورية، رغماً عن صياغة لا ترجع إلى أي إسناد إلى نقل الحق العيني الجاري بفعول الإيجار.

183 ـ الأسس الحالية.

ينتج الإيجار اليوم مفاعيل شخصية وحسب؛ وذلك لا يمنع محكمة النقض من إبطاله عندما يمثل طابعاً أبدياً. وتتعلق التسويغات الشكلية المعتمدة بالانتظام العام: تنظيم الملكية ومصالح الاقتصاد العام[4].

وكانت هذه الأسس موضع انتقاد. فقد لاحظ Voirin[5] أن الإيجارات ببدل إيجار وإيجارات المزرعة كانت غريبة من النظام الإقطاعي طالما أنها لا تمثل أي طابع عيني. وبالتالي استهدفت محكمة النقض عن خطأ «تنظيم الملكية». أما الفائدة الاقتصادية فقد لاحظ هذا المؤلف في شأنها أن هذا الاعتبار كان غريباً عن المشترع الذي لم يستهدف سوى إزالة النظام السياسي والاجتماعي القديم. ولن أليست المنفعة الاقتصادية وبشكل أدق الليبرالية الاقتصادية هي التي، جزئياً على الأقل، تسوّغ هذه الإزالة؟

184 ـ مبدأ التأبيد.

أخذت محكمة النقض، رغماً عن التباس ظاهر، بمفهوم محدد لمبدإ التأبيد. إن إرادة

---

(1) يوميات الكتابة العدل، البند المذكور سابقاً.

(2) انظر تعليق P.VOIRIN على حكم النقض المدني، 20 آذار Dalloz الدوري 1929 ـ 1930، 1، صفحة 13.

(3) GARSONNET المذكور سابقاً، صفحة 544 وما يليها.

(4) النقض المدني في 20 آذار 1929، Dalloz 1930 الدوري، 1، صفحة 13، تعليق P.VOIRIN.

(5) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 14.

الفريقين المعلنة في التعاقد على إيجار لمدى الحياة تكفي، في أول الأمر، لإثبات وجود العيب[1]. غير أن إعلاناً للإرادة كهذا هو استثنائي. ثم إن التأبيد، وبصورة أكثر تواتراً، يمكن أن ينجم عن اقتصاد الاتفاقية. ومحكمة النقض تبطل الإيجار عندما تتوقف مدته، في غياب أجل محدد، على الإرادة التعسفية للمستأجر[2]، باعتبار أن المؤجر محروم من جهته من إمكانية الفسخ من جانب واحد. وإذا كان المؤجر يملك هذه الإمكانية فإن الإيجار يعقد فقط لمدة غير محددة. والقاعدة، حسب التعديل الذي تقتضيه الظروف، يجب أن تكون هي ذاتها إذا كانت مدة الإيجار تتوقف على إرادة المؤجر وحدها.

وقد صدر حكم عن الغرفة المدنية الثالثة في 15 كانون الثاني 1976 هو نموذجي على وجه الخصوص[3]. كان عقد مزارعة قد أبرم وكذلك إيجار قطعة أرض لكي تقام فيها تجهيزات ضرورية لاستثمار منجم. كان الأجل محدداً في يوم استنفاده، غير أنه لم يكن هناك أي اشتراط يفرض على المستأجر استثماره. ونتج عن ذلك بالضرورة أن مدة الإيجار تتوقف على إرادة هذا الأخير. وقد نقضت محكمة النقض، بعد أن أعلنت، في شكل مبدأ «أن الإيجار الذي يتوقف أجله على إرادة المستأجر وحدها هو أبدي وبالتالي باطل»، الحكم المحال لرقابتها بحجة «أن الإيجار المنازع فيه كان أجله استنفاد المنجم، ولم يفرض أي نص في العقد الذي يشترط عائدة جزافية سنوية على المستأجر استثمار المنجم الذي أعطي عليه حق الاستخراج» إن الأجل، في هذه الحالة، لم يكن موضوعياً قابلاً للتحديد ولم يكن في وسع المؤجر أن ينحلّ من العقد.

وفي 17 آذار 1976 أيدت الغرفة المدنية الثالثة محكمة الاستئناف في إبطالها إيجاراً «ما دام يحتفظ للمستأجر وحده بتجديد الإيجار بدون تحديد المدة، مما يتناقض مع أحكام الانتظام العام الواردة في المادة 1709 من القانون المدني»[4].

إن الأمر يتعلق في هذه الحالات بحماية حرية أحد الفريقين. ولا يمكن قبول قيام أحد الأفراد بفرض إرادته على آخر تعسفياً، فالشرط الذي يجيز للمستأجر إشغال الأماكن المؤجرة طالما يقيم في المدينة ليس باطلاً تجاه المادة 1709، ذلك بأن الإيجار محدد بمدة إقامته في المدينة[5].

---

(1) انظر النقض المدني في 7 أيار 1951، النشرة المدنية، رقم 136، صفحة 108 ـ 20 آذار 1929 المذكور سابقاً.

(2) انظر الرقم 210 اللاحق وما يليه بالنسبة إلى العقود لمدة محددة وإنما مدتها في الواقع خاضعة لإرادة أحد الفريقين التعسفية.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1976، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 12.

(4) يوميات الكتابة العدل، 1977، البند 53855، صفحة 1314، ملاحظة J.V. أضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 26 كانون الثاني 1972، النشرة المدنية، III، رقم 63، صفحة 45.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 شباط 1969، النشرة المدنية، III، رقم 170، صفحة 129.

ويمكن التفكير في أن هذه المدة لا تتوقف إذاً على إرادة المستأجر التعسفية ولا سيما أن وفاة المستأجر تضع نهاية للإيجار بالضرورة.

يبقى أن الأجل (المسقط) يمكن، مع بقائه قابلاً للتحديد، أن يكون بعيداً جداً وأن يحدث لاحقاً لانقضاء مهلة التسعة والتسعين سنة، وهي الحد المعين في مرسوم 18 ـ 29 أيلول 1970 ـ المطبق دائماً من حيث المبدأ[1]. أفلا يغدو العقد أبدياً عند ذلك؟ إن الاجتهاد قد تطور. ومحكمة النقض تضفي الصحة على إيجار ينتهي بوفاة المستأجر عندما لا يكون قابلاً للتنازل عنه بين الأحياء أو قابلاً للانتقال بسبب الوفاة[2]. كانت مدة الإيجار قابلة للتحديد طالما أنها تنتهي بالضرورة بوفاة المستأجر. وبالمقابل أبطلت الإيجار القابل للانتقال الذي يتضمن حقاً في التجديد لصالح المستأجر وحده[3]. وفي 30 تشرين الثاني 1983 قامت بإجراء تحول جزئي في الاجتهاد إذا حكمت «بأن الإيجار لا يمكن، لأن أجله كان وفاة المستأجرين أو أولادهم، أن يعتبر أبدياً»[4]. يبدو إذاً أن الحد التقليدي لمدة الإيجارات تسع وتسعين سنة يمكن تجاوزه[5]. ولم يعد الأجل القابل للتحديد والبعيد جداً معتبراً غياب الأجل. وينزع هذا التطور إلى أن يخلق من جديد شكل «الملك النافع». وقد لوحظ، إضافة إلى ذلك، أنه مما يبعث على الدهشة، عندما تكون روحية القوانين خلق ملك نافع من جديد

---

(1) انظر النقض المدني في 22 تشرين الثاني 1932، D.H.1933، 51؛ مجلة قصر العدل، 1933، 1، 159، التي طبقت هذا النص لتخفيض مدة إيجار معقود لمدة تتجاوز 99 سنة. لم يكن الإيجار معقوداً لمدة أبدية وانقضاؤه كان يتوقف على حدث مستقبلي وغير معين ـ شرط فاسخ ـ. وهذا ما يفسر ولاريب الحل المعتمد ويجعل الحكم قابلاً للتوفيق مع المبدأ الذي بمقتضاه تكون الإيجارات الأبدية باطلة. انظر الرقم 185 اللاحق.

(2) الغرفة المدنية الثالثة 23 نيسان 1974، النشرة المدنية، III، رقم 157، صفحة 118. ـ 4 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 4، صفحة 3 ـ 4 نيسان 1968، النشرة المدنية، III، رقم 150، صفحة 120. وعلى نقيض ذلك (حل ضمني): النقض المدني، 15 آذار 1901، D.P. 1903، 1، 329، تعليق A.BOISTEL ـ يوميات الكتابة العدل، 1901، البند 27390، صفحة 418.

(3) انظر النقض المدني في 25 أيار 1948، النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 483، مجلة بدلات الإيجارات، 1949، 188، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، صفحة 427، ملاحظة CARBONNIER ـ النقض الاجتماعي في 24 أيار 1954، Dalloz 1954، صفحة 640 ـ النقض المدني في 27 تشرين الأول 1436، S.1937، 1، 15؛ مجلة قصر العدل، 1936، 2، 200. إضافة إلى G.CORNU، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 145، رقم 1. انظر أيضاً محكمة استئناف باريس، الغرفة 16 و 9، حزيران 1989، Dalloz 1983 الدوري، الصفحة 205 من التقرير. وأبطلت محكمة استئناف باريس، بعد أن أعلنت أن تحظير الإيجارات الأبدية يتعلق أيضاً بالإيجار للاستعمال المهني، عقد إيجار ينص على أن المؤجر يتعهد بإبقاء المستأجر في الأماكن المؤجرة، على اعتبار أن هذا المستأجر مسموح له بالتنازل عن حقه في الإيجار إلى أي شخص كان حسب اختياره ما عدا معارضة المؤجر وأن العقد، في حالة وفاة المستأجر يستمر بالشروط عينها مع ورثته أو حائزي الحقوق. إن موافقة المؤجر، بالنسبة إلى محكمة الاستئناف، في حالة التنازل، كانت غير كافية لتعديل الطابع الأبدي للإيجار.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 189؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 522، ملاحظة Ph. RÉMY.

(5) قارن بالنقض المدني في 22 تشرين الثاني 1932، الحكم المذكور سابقاً.

(وتأمين انتقاله عن طريق الخلافة الخاصة) أن يستمر القضاة وحدهم في المكافحة ضد الإقطاعية»[1].

185 ـ معاقبة الإيجارات الأبدية

المعاقبة، المبنية على انتهاك الانتظام العام السياسي والخلقي، هي البطلان المطلق وليس تخفيض التسعة والتسعين عاماً أو لمدى حياة أحد الفريقين. وقد اعتمدت هذا الحل الغرفة المدنية في محكمة النقض في 20 آذار 1929: «الاتفاقيات الخاصة المعقودة انتهاكاً لهذا المنع من الانتظام العام تعاقب بالبطلان المطلق... فالحكم المطعون فيه، بعد أن تحقق من أن الاتفاقية المعقودة... كانت تشكل تماماً إيجاراً أبدياً في نية الفريقين، اكتفى بتخفيض المدة القصوى للإيجار إلى تسعة وتسعين عاماً، فانتهك بذلك المادتين 1134 و1709 من القانون المدني»[2]. وقد حكمت محكمة النقض في 29 أيار 1954[3]، بتطبيق المبدأ القانوني العام لا أحد يستطيع أن ينقل إلى الغير أكثر ما له من حقوق وبمقتضاه لا يمكن نقل أكثر من الحقوق التي يملكها الناقل، بأن بطلان الإيجار الأصلي يؤدي إلى بطلان الإيجار من الباطن الذي أجراه المستأجر، أياً كان حسن نية الفريقين المتعاقدين.

ب ـ منع إيجار الخدمات الأبدي

186 ـ مجال المادة 1780 من القانون المدني.

بمقتضى المادة 1780 من القانون المدني: «لا يمكن التعهد بالخدمات إلاّ لزمن أو لمؤسسة محددة».

وهذا النص ورد تحت عنوان «في إجارة الخدم والعمال». ولهذا السبب ولا شك حكمت محكمة النقض في عام 1839، غرفة العرائض، بأن هذا النص لا يطبق إلاّ على الخدم ومقدمي الخدمة الذين لا يمكن أن نضع الأطباء في صفهم. والاتفاقية التي يتعهد فيها طبيب طيلة حياته بممارسة فنه تجاه شخص وأفراد منزله هي قانونية إذن[4]. وهذا الحكم الذي يحدد مجال المادة 1780 يصعب تسويغه تجاه الأساس الإنساني للقاعدة. ويبدو أنه ليس إلاّ حكم حالة معنية. ولم يتح للحاكم لاحقاً الحكم في شأن هذه المسألة.

والمنازعات القضائية الناشئة من المادة 1780 قليلة والأحكام المستشهد بها قديمة

---

(1) Ph. RÉMY، الملاحظة المذكورة سابقاً، صفحة 523..انظر ملاحظات AZÉMA، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 26، صفحة 19.

(2) النقض المدني في 21 آذار 1929 المذكور سابقاً، وبالمعنى عينه النقض المدني في 25 أيار 1948 المذكور سابقاً وحكم محكمة استئناف مونبيلييه في 8 كانون الأول 1911، يوميات الكتابة العدل، 1912، البند 30459، صفحة 657.

(3) النقض المدني في 29 أيار 1954، Dalloz 1954، صفحة 640.

(4) غرفة النقض، 21 آب 1839، S.39، 1، 663؛ جدول يوميات الكتابة العدل، 1808 ـ 1865، v° إيجار العمل والصناعة، رقم 9، صفحة 267.

نسبياً. فقد أبطلت محكمة النقض شرطاً في أنظمة إحدى الشركات هدفه تقييد العامل المنضم إلى الشركة لمدة ثلاثين سنة فيؤمن لها الاستفادة من بطالته القسرية، في حالة التقاعد أو الطرد. إن اشتراطاً كهذا يقود إلى منع العامل من أي نشاط مهني لا غنى عنه لإعالة أسرته ووجوده الخاص. يضاف إلى ذلك، حتى عند انقضاء الأجل، ان الحرية المستعادة لن يكون لها أي منفعة[1]. وهذا الحكم يقارن بالأحكام الأحدث المتعلقة بشروط عدم المنافسة المدخلة في عقود العمل[2]. وقد أيدت محكمة النقض أيضاً قضاء أدنى في إبطال عقد تعهد فيه أحد الأشخاص طيلة حياته بخدمة شخص آخر مقابل المأكل والمأوى[3].

وقضت أحكام قديمة بأن التعهد السلبي الذي يلتزم فيه أجير بأن لا يعمل أبداً وفي أي مكان لرب عمل آخر هو باطل بمقتضى المادة 1780[4]. وينبغي مقارنة هذه التعهدات أيضاً بشروط عدم المنافسة الواردة في عقود العمل[5].

187 ـ المفهوم الذاتي للتأبيد[6]

كان موضوع المادة 1780 من القانون المدني في السابق إلغاء بقايا النظام الإقطاعي الذي كان يقيد الخدم بأسيادهم[7]. ويتعلق الأمر اليوم ولا ريب بتدبير حماية لصالح الحرية الفردية[8]. فالتأبيد مفهوم بصورة ذاتية، ولمدة حياة العامل. وقد لجأ حكم لمحكمة استئناف تولوز إلى مقارنة بين مدة حياة رب العمل المحتملة ومدة حياة العامل. وإذا كان النظام الطبيعي للأشياء بأن يتوفى العامل أولاً فإن التعهد يكون أبدياً، ذلك بأن هذا العامل يفقد أي حرية[9].

---

(1) النقض المدني في 19 كانون الأول 1860، الدوري Dalloz 61، 1، 15، S.61، 1، 504.

(2) انظر الرقم 191 اللاحق.

(3) النقض المدني في 28 حزيران 1887، Dalloz 88، 1، 296، Sirey 87، 1، 380.

(4) النقض المدني في 25 أيار 1968، القانون الإداري 69، 1، 277 ـ غرفة العرائض، 2 أيار 1882، Dalloz الدوري 83، 1، 168 ـ غرفة العرائض، 22 كانون الثاني 1941، القانون الإداري 1341، 163.

(5) انظر الرقم 191 اللاحق.

(6) انظر J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27، صفحة 20.

(7) PIC, Traité élémentaire de législation industrielle، باريس، 1930، صفحة 832، رقم 1178.

(8) J.AZÉMA المذكور سابقاً، رقم 27، صفحة 20.

(9) محكمة استئناف تولوز، 28 كانون الأول 1892، S.93، 2، 209، تعليق مغفل يستشهد بصورة خاصة بهذا المعنى بالسيد MARCADÉ، الجزء VI صفحة 524 وصفحة 525 حول المادة 1790، رقم 2 وبـ GUILLOUARD, Traité de louage الطبعة الثالثة الجزء II رقم 711. وقد حكم في السابق أن التعهد لمدة حياة المستخدم أو العامل كان، من حيث المبدأ، باطلاً، محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1826، S 25، 27، 2، 244. انظر في شأن بطلان العقد لمدى حياة العامل: محكمة استئناف ليون، 4 أيار 1865، S.66، 2، 191 S.25, 2, 27, 244. على أن محكمة استئناف Douai أعلنت، في 2 شباط 1850، (S.151، 2، 182) أن الاتفاقية التي يتم فيها الوعد بالخدمات لكامل مدة حياة المستفيد صحيحة.

II ـ التحظيرات الأخرى

188 ـ الاشتراطات التي تفرض تقييداً لحرية انتقال الأموال: شروط عدم قابلية التصرف.

يشكل شرط عدم قابلية التصرف التقليدي[1] عقبة أمام «أي تصرف بالملكية أو نقلها، وأي وضع في الرهن، وأي تكوين رهن عقاري يعطيه الموهوب له، وكذلك أي عدول يصدر عنه عن الرهن الذي يضمن خدمة الدخل العمري المستفيد منه. حتى أنه يمكن أن يطال، عن طريق تفسير إرادة الفريقين، الرهونات القانونية والقضائية[2].

«كرست محكمة النقض صحة شروط عدم قابلية التصرف التي أعلنها حكم محكمة استئناف Angers في 29 حزيران 1842[3]، في حكميها بتاريخي 20 نيسان 1858[4] و12 تموز 1865[5]. ولم تقدم على ذلك إلاّ بشرط مزدوج بأن تكون هذه الشروط موقتة ومسوّغة لمصلحة جدية وشرعية. ولم يتغير موقف الاجتهاد هذا بعد ذلك»[6].

إن القانون يمنع وضع شروط عدم قابلية التصرف الأبدي في الأعمال المجانية. فالمادة 900 ـ 1 من القانون المدني التي سنها القانون رقم 71 ـ 526، تاريخ 3 تموز 1971، التي كرست الحلول الاجتهادية[7] تنص على ما يلي: «شروط عدم قابلية التصرف الذي يطال مالاً معيناً أو موصى به ليست صحيحة إلاّ أن تكون موقتة ومسوّغة بمصلحة جدية ومشروعة»[8]. ويعترف الفقه بأن شروط عدم قابلية التصرف الواردة في الأعمال بعوض هي صحيحة بالشروط عينها، بيد أن نظامها لا يعود إلى المادة 900 ـ 1[9]. إن مبدأ حرية انتقال الأموال هو الذي يحوي هذا التنظيم.

---

(1) B.DESCHÉ et J.GHESTIN, La vente، رقم 312 وما يليه.

(2) PLANIOL et RIPERT المذكورين سابقاً، رقم 27. انظر: B.DUFOUR, Réflexions sur la sanction et la portée d'une clause d'inaliénabilité (A propos du jugement des tribunal de grande instance de montbéliard du 29 mars 1984)، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1985، الفقه صفحة 239، والحكم غير المنشور لمحكمة استئناف بوزانسون في 9 أيلول 1986 الصادر عقب استئناف القضية عينها حول صحة إيجار تجاري.

(3) Dalloz 1942، 2، 218.

(4) Dalloz 1858 الدوري، 1، 154.

(5) نقض بمناسبة عريضة، Dalloz 1865 الدوري، 1، 475.

(6) H.CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle 1779 Defrénois - البند 32126، صفحة 1381.

(7) انظر على سبيل المثال النقض بمناسبة عريضة في 12 تموز 1865، Dalloz 65 الدوري، 1، 475؛ يوميات الكتابة العدل، 1865، البند 18358، صفحة 614.

(8) انظر في صدد تقرير الطابع الجدي والمشروع للشرط، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 136.

(9) انظر: H. CORVEST, L'inaliénabilité conventionnelle، فهرس Defrénois، 1979، البند 32126، صفحة 1377، ولا سيما الصفحة 1382، التعليق 18.

ماذا يجب أن نفهم من «الطابع الموقت»؟ اجتهاد محكمة النقض مستقر بمعنى أن الموقت هو شرط عدم قابلية التصرف المشترط مدة حياة الواهب[1]. وبالمقابل يقدر الاجتهاد أن تحديد مدة حياة الموهوب له لا يمكن أن يعتبر ذا طابع موقت[2].

189 ـ شرط عدم قابلية التصرف بدون تحديد المدة يمكن أن يرد بشكل صحيح لصالح مبرّة إذا كان مسوّغاً بمنفعتها الاجتماعية.

يحوي المبدأ استثناء. فشرط عدم قابلية التصرف بدون تحديد المدة يمكن أن يكون صحيحاً لصالح مبرّة[3] إذا كانت هي نفسها منذورة للتأبيد[4]. وأي تحديد يكون مناقضاً لقصدية المبرة ذاتها طالما أن هذه المبرة تتحدد بأنها «التخصيص الأبدي للأموال أو القيم لخدمة يحددها المتصرف»[5]. وتطور القانون الوضعي وأسبابه حللها في دراسة تامة السيد Corvest حول عدم قابلية التصرف الاتفاقي[6].

«أعلن الاجتهاد لمدة طويلة بطلان شروط عدم قابلية التصرف المدخلة في هبات أو إيصاءات. وكان هذا الموقف منهجياً، ويسوّغ بهذه الملاحظة أن الشرط كان يقود إلى إعاقة التنقل الحر للأموال بمقدار ما يكون العبء الذي أدخله المحسن في عمل هبة موصلاً، في الواقع، إلى عدم قابلية التصرف الأبدي بالأموال المعدة لتأمين سير عمل المبرة أو عمل مصلحة عامة»[7]. وأبطلت محكمة استئناف بوردو في عام 1959[8] شرط عدم تصرف أبدي

---

(1) انظر النقض المدني، 20 نيسان 1858، S.58 الدوري، 1، 589؛ Dalloz 58، 1، 154؛ نقض بمناسبة عريضة في 27 تموز 1863، S.63، 1، 465؛ Dalloz 64، 1، 494 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1975، فهرس Defrénois، 1975، صفحة 524، البند 30907، تعليق PONSARD؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18240، ملاحظة THUILLIER.

(2) النقض المدني في 24 كانون الثاني 1899، فهرس Defrénois، 1899، البند 10627؛ Dalloz 1900، 1، 533؛ S.1900، I، 352، القضية الأولى ـ النقض بمناسبة عريضة في 19 آذار 1879، Dalloz 79 الدوري، 1، 455، تقرير BARAFORT، النقض بمناسبة عريضة في 19 آذار 1877، S.77، 1، 203.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول، 1965، مجلة قصر العدل، 1966، 1، 31، تعليق ESMEIN؛ Dalloz 1966، صفحة 245، تعليق J.DEFRÉNOIS؛ فهرس Defrénois، 1966، البند 28801، صفحة 146، تعليق J.DEFRÉNOIS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، صفحة 328، ملاحظة SAVATIER، وبناء على إحالة محكمة استئناف رين، 28 حزيران 1966، Dalloz 1967، صفحة 18؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1967، صفحة 422.

(4) انظر H.CORVEST المذكور سابقاً، رقم 6، صفحة 1387 وما يليها.

(5) PLANIOL et RIPERT، الجزء V، تأليف TRASBOT et LOUSOUARN رقم 905. وعرّف قانون صدر في 27 تموز 1987، حول نمو رعاية الآداب والعلوم والفنون المبرة بأنها «العمل الذي بموجبه يقرر شخص أو عدة أشخاص طبيعيين أو معنويين بتخصيص لا رجوع عنه عداد أو حقوقاً أو موارد لتحقيق عمل مصلحة عامة وبدون هدف الربح».

(6) المرجع عينه.

(7) H.CORVEST المذكور سابقاً، رقم 1387.

(8) محكمة استئناف بوردو، 8 حزيران 1959، مجلة قصر العدل 1959، 2، 239؛ Dalloz 1959، صفحة 113 من الموجز، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، II، 11638، تعليق Y.GUYON.

ينقل أموالاً موصى بها لمأوى لكي يبني فيها بيت أيتام:بحجة أن المادة 900 من القانون المدني «لا تنص على تفريق بين التبرعات الجارية للأفراد والتبرعات المعدة للمبرات».

ولاحظ العميد Savatier بصواب «ان الأخذ بصحة مبرة يعني الاعتراف، عندما تخصص، عيناً، عقاراً محدداً لغايات تحددها، باستحالة مغادرة هذا المال الذمة المالية للتخصيص. . .»[1]. هذه الانتقادات الوثيقة الصلة بالموضوع وتطور الأفكار تجاه المبرة التي لا يُخشى على الإطلاق أن تعيد تكوين الأموال الموقوفة، قادت محكمة النقض إلى طرح مبادىء أخرى. وبهذه الروحية نقضت محكمة النقض في 19 تشرين الأول 1965[2] حكماً إذ لاحظت أن «الحكم، برفضه الاعتراف بصحة الشرط الذي يخصص بمقتضاه المتصرف كل أمواله أو قسماً منها لإقامة مبرة لها طابع المنفعة العامة، قد انتهك، بتطبيقه الخاطىء المادة 900 من القانون المدني». كان الأمر يتعلق بمشروعية شرط عدم قابلية التصرف المدخل في هبة معطاة لإحدى البلديات شرط تأسيس مستشفى تتأمن نفقاته بفضل عائدات الأموال موضوع الاشتراط. و«لإضفاء الصحة على عدم قابلية التصرف هذا شبه الأبدي أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بطابع المنفعة العامة الذي تمثله المبرة. أليس من المأمول به في الواقع أن ينشأ عمل منفعة عامة بفضل أريحية أحد الأفراد؟

«إن استدلال محكمة النقض بسيط. وهو يتمفصل حول مفهوم المصلحة العامة التي تصلح كأساس لبطلان التحظيرات المطلقة للتصرف والتي يمكن أيضاً أن تصلح كتسويغ لعدم قابلية التصرف الناتج عن تخصيص مداخيل الأموال الموهوبة، عندما يكون هدف هذا التخصيص إقامة مبرة يتمثل فيها طابع المصلحة العامة»[3]. وكما لوحظ[4] «أليس من المنطقي قبول أن ما يسوّغ المبدأ يسوّغ الاستثناء أيضاً؟».

وقد اعترفت محكمة استئناف باريس، في 4 تشرين الأول 1971[5]، بشرعية بند عدم قابلية التصرف الذي يطال خلال مئتي عام الأموال الموهوبة لمؤسسة استشفائية. فقد اعتبرت أن «البند المنازع فيه كان الوسيلة الأفضل لكي يؤمن للمأوى (أي لمرفق عام يؤمن مصلحة أساسية) رأس مال سليم وقابل لإنتاج دخل صافٍ ومنتظم. . .».

ينبغي البحث عن تفسير هذا التوجه الجديد للاجتهاد في تطور مفهوم الانتظام العام.

---

(1) استشهاد بـ CORVEST المذكور سابقاً.

(2) مجلة قصر العدل، 1966، 1، 31، تعليق ESMEIN؛ Dalloz 1966، 245، تعليق J.DEFRÉNOIS، Defrénois 1966، البند، 28801، تعليق J.DERÉNOIS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، 328، ملاحظة SAVATIER؛ وبناء على إحالة، محكمة رين، 28 حزيران 1966، Dalloz 1967، 18؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1967، 422، ملاحظة SAVATIER.

(3) H.CORVEST المذكور سابقاً، صفحة 1388.

(4) J.DEFRÉNOIS، التعليق المذكور سابقاً.

(5) Dalloz 1972، 402، طلبات CABANNES؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 426، ملاحظة SAVATIER.

والمبرات التي كان يخشى أمرها لمدة طويلة هي اليوم موضوع عناية السلطات العامة والمحاكم التي ترى فيها نمط مساهمة الأفراد في المرافق العامة ولا سيما في المجال الاجتماعي. ولم يعد أي شيء اليوم يتعارض، إذا كانت المصلحة العامة تتطلب تنقل الأموال الحر، مع أن تتمكن هذه المصلحة العامة ذاتها من تسويغ عدم قابليتها للتصرف الناجم عن تخصيص هذه الأموال بالذات لمصلحة عامة»[1].

لدينا هنا مثال على تعهد أبدي ليس باطلاً ما دام أنه مسوّغ بمنفعته الاجتماعية.

وقد استبعد القانون رقم 71 ـ 526، تاريخ 3 تموز 1971 الذي كرس في الوقت عينه الاجتهاد السابق للهبات المعطاة للأشخاص الطبيعيين وأدخل بالنسبة إليهم إذناً قضائياً بحيازة مال مثقل، صراحة الأشخاص المعنويين من الاستفادة من هذه الحيازة، ولا سيما المبرات في الواقع. إن الفقرة الأخيرة من المادة 900 ـ 1 تنص بالفعل على أن «أحكام هذه المادة لا تضر بالتبرعات المعطاة لأشخاص معنويين حتى لأشخاص طبيعيين شرط تكوين أشخاص معنويين». وقد جرى التصويت على هذا النص بناء على إلحاح السيد Jeau Foyer الذي كان في حينه رئيس لجنة القوانين والذي كان يخشى عدم تشجيع الهبات المخصصة للمبرات إذا أعطي القاضي سلطة الاعتداء على عدم قابلية التصرف الذي يشترطه الواهب. ولم يكن يقصد أن يكون هؤلاء الأشخاص المعنويون بمنحى من النظام الذي أنشأته الفقرة الأولى من المادة 900 ـ 1، وإنما فقط أحكام اقتراحه الثاني الذي يتيح الإذن القضائي بالحيازة ضمن بعض الشروط.

وقد لاحظ السيد Simler[2] بعد تحليل معمق للأعمال التحضيرية، أنه «من غير الممكن، خلافاً للظواهر، قبول أن هذا النص يعدل القانون الوضعي في ما يتعلق بشروط صحة بنود عدم قابلية التصرف المفروضة على الأشخاص المعنويين». والحلول القديمة المؤكدة بالفقرة الأولى من المادة 900 ـ 1 تبقى قائمة». وأضاف: «غير أن تفسيراً حرفياً للفرقتين 1 و3 يمكن أن يحمل على الاعتقاد أن الطابع الموقت الوارد في الفقرة الأولى لم يعد مطلوباً إلاّ بالنسبة إلى بنود عدم قابلية التصرف المفروض على الأشخاص الطبيعيين. . . فالنص الجديد إذاً، إذا تم عزله عن النصوص السابقة، قابل لأن يُضلّ القارىء غير اليقظ. إن الأحكام الجديدة للنص في الحقيقة هي وحدها المطبقة على الأشخاص المعنويين باستثناء الجملة الأولى من الفقرة الأولى». ومن قبيل السهو إذاً أن تكون الفقرة الأولى مقصودة بكاملها.

على أنه إذا أخذنا في الحسبان التطور الملازم للاجتهاد يكون من المسموح به اعتبار أن النص، أياً كانت نيات واضعيه، يعبر اليوم، جزئياً على الأقل، عن القانون الوضعي. وليست بنود عدم قابلية التصرف تجاه الهبات بحاجة إلى أن تكون موقتة. وبالمقابل تبقى صحتها خاضعة لشرط «مصلحة جدية ومشروعة».

---

(1) H.CORVEST المذكور سابقاً.

(2) Les clauses d'nialiénabilité (Code civil, art.900 -1 nouveau)، Dalloz 1971، صفحة S-416، رقم 28.

لقد أدخل القانون رقم 84 ـ 562، تاريخ 4 تموز 1984 في مدونة القانون المدني المواد 900 ـ 2 إلى 900 ـ 8. وهذه المادة الأخيرة حلت محل الفقرة 2 من المادة 900 ـ 1، ثم سمح هذا القانون بإعادة النظر في الأعباء والشروط التي تثقل الهبات أو الإيصاءات في حال تغير الظروف. فبند عدم قابلية التصرف الأبدي يمكن إذاً رفعه قضائياً (المادة 900 ـ 4 من القانون المدني). والمنفعة الاجتماعية التي تقود، في حالة الميرات، إلى الاعتراف بصحة بند عدم قابلية التصرف تسوّغ بالطريقة عينها سلطة إعادة النظر التي يمنحها القانون للمحاكم[1]. وأحكام قانون عام 1984، بخلاف أحكام قانون 1971، مطبقة على الأشخاص المعنويين من القانون الخاص ومن القانون العام.

ينجم عن هذا التحليل أن صحة بند أبدي عملياً غير مقبولة لصالح مبرة إلاّ أن يكون عدم قابلية التصرف هذا ضرورياً لسير عمل هذا الإنشاء للمصلحة العامة وفي حدود ذلك. وهذا ليس جوهرياً وحسب لصحة بند كهذا وإنما أيضاً لتفسير مداه الصحيح.

ومن المناسب في تحديد الأعمال المسموح بها أو الممنوعة، عندما يكون التفسير ضرورياً، ليس تفسير شرط عدم قابلية التصرف الحصري أو الضيق بصورة منهجية، وإنما، في أي حال، تحديد مفاعيله بما ضروري لسير عمل المصلحة العامة التي تسوّغ وحدها قبول الطابع الأبدي لعدم قابلية التصرف[2].

ويمكن، على هامش هذه المسائل، بيان أن إصلاح 10 حزيران 1994، في مادة الإجراء الجماعي للدفع العائد لقانون 25 كانون الثاني 1985، جاء ليحدد أن التفرغ عن المؤسسة الذي تسمح به المحكمة يمكن أن يقترن ببند «يجعل المال المتفرغ عنه أو قسماً منه غير قابل للتصرف به لمدة تحددها»[3]. وعدم قابلية التصرف هو موقت بداهةً، وتسوّغه اعتبارات خاصة بقانون الإجراءات الجماعية. والأمر يتعلق بتجنب مضاربات المستعيدين القليلي الدقة.

190 ـ الاشتراطات التابعة عموماً لبيع مؤسسة تجارة التي تفرض تقييداً لحرية المقاولة[4].

ليست الوعود بعدم مزاولة مهنة أو تجارة صحيحة إلاّ أن تكون محدودة، . وقد حكمت محكمة النقض منذ عام 1985 بأنه «إذا كان كل شخص حراً في مزاولة تجارة ما أو صناعة معينة كما يبدو له فإن هذه الحرية يمكن مع ذلك أن تكون مقيدة باتفاقيات خاصة شرط أن لا

---

(1) F.BOULANGER, La loi de 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، I، 3177-. Cl. WITZ La révision des charges et conditions en matiére de libéralités après la loi du 4 juillet 1984, D. 1985، الصفحة 101 وما يليها من العرض.

(2) J.GHESTIN et B.DESCHÉ, La Vente، رقم 314 ورقم 315.

(3) المادة 89 ـ 1 الجديدة السارية المفعول في أول تشرين الأول 1994 على أبعد تقدير.

(4) Y.SERRA, La validité de la clause de non concurrence (De la vente du fonds de commerce au contrat de franchise), Dalloz 1987، العرض XXII، صفحة 113 وما يليها.

تؤدي إلى منع عام ومطلق، أي غير محدود بالنسبة إلى الزمان وإلى الأماكن في الوقت عينه... وبأن العدول عن مزاولة تجارة معينة أو صناعة محددة لا يتناقض مع القانون عندما يكون هذا العدول، الصادر بحرية، أبدياً وإنما هو محصور في مكان محدد، وكذلك عندما يمتد إلى الأماكن جميعاً وينحصر في فترة من الزمن»[1]. وقد تأكد هذا المبدأ لاحقاً[2]. إن تحديدات الزمان والمكان تمثل طابعاً تخييراً. والتعهد الأبدي يكون بالتالي صحيحاً ويكون من شأنه إثبات أنه لا يوجد تحظير عام ومطلق للتعهدات الأبدية.

وقد أكدت الغرفة التجارية هذا الحل في 7 تموز 1987[3]، إذ حكمت بأن «اتفاقية تقيد بدون تحديد زمان مزاولة نشاط تجاري محدد هي مشروعة إذا كانت محصورة في مكان معين».

على أن حكماً للغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض حدد في 18 آذار 1987[4] هذا الحل بدقة ـ كان بند عدم منافسة قد أدخل في عقد بيع قطعة أرض معدة للبناء مشترطاً أن يمتنع مكتسب الملكية، وكذلك أصحاب الحقوق، عن أن يستثمروا على هذه القطعة نموذجاً معيناً من التجارة. ولم يكن هناك أي تحديد للمدة. وكان ينبغي، بسبب الطابع المحدود في مدى المنع، إعلان البند مشروعاً ـ غير أن الغرفة الثالثة أيدت قضاة الأساس في إبطاله بحجة «أن بنداً كهذا يضع على عاتق شركة Prétabail SICOMI وأصحاب الحقوق موجباً شخصياً لا تتضمن مدته أي حد، هو باطل» ـ ويفسر هذا الحكم ولا ريب بأن البند كان يفرض على أصحاب الحقوق تجاه المدين ببند عدم المنافسة احترام هذا البند ـ إن بند عدم المنافسة له، في هذه الرؤية، بالضرورة حد زمني أي: حياة المدين بالموجب.

فطرحت مسألة معرفة ما إذا كان الدين الناشىء عن عدم المنافسة غير المحدود في الزمان ينتقل إلى الخلفاء. وفي حال الإيجاب يمكن بالفعل الكلام على تعهد أبدي. إن القاعدة، في ما يتعلق بالخلفاء بصفة خاصة، هي أنهم لا يرثون بحكم القانون الموجبات الشخصية لمن انتخبوهم، حتى ولو كانت هذه الموجبات قد نشأت في مناسبة مال منتقل[5]،

---

(1) النقض المدني في 30 آذار 1885، Dalloz 85، 1، 247؛ S.85، 1، 216.

(2) انظر بصورة خاصة النقض المدني في 16 آذار 1886، Dalloz 86 الدوري، 1، 377؛ S.86، 1، 296 ـ النقض بمناسبة عريضة في أول شباط 1899، Dalloz 99، 1، 302؛ S.1901، 1، 132 ـ النقض المدني في 2 تموز 1900، D.L.1901، 1، 294 S.1904، 1، 175 ـ 14 آذار 1904، S.1904، 1، 444، 15 حزيران S. 1922 1922، 1، 200 ـ 16 آذار 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، 1943، 1، 2289، تعليق P.VOIRIN؛ مجلة قصر العدل، 1943، 2، 16 ـ النقض التجاري في 19 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 121، صفحة 92 ـ النقض المدني، 28 آب 1940، D.C. 1942؛ 130؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1940، II، 1578، تعليق VOIRIN؛ مجلة قصر العدل، 1940، 2، 93.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 136؛ Dalloz 1988، صفحة 360، تعليق Chr.ATIAS et Chr.MOULY.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 59، صفحة 35.

(5) النقض المدني في 15 كانون الثاني 1918، Dalloz 1918 الدوري، 1، 17 ـ النقض بمناسبة عريضة في 3 =

ما عدا وجود اشتراط صريح يثبت موافقة الخلف[1] أو وجود نص قانوني خاص[2]، فدين عدم المنافسة ليس إذاً، من حيث المبدأ، قابلاً للانتقال إلى الخلف بصفة خاصة[3]. وفي ما يتعلق بالخلفاء بإيصاء كلي تبدو المسألة أدق في الحل. فبمقتضى المادة 1122 من القانون المدني «يفترض أن يكون الاشتراط للذات وللورثة وللخلفاء إلاّ أن يكون العكس معبراً عنه أو ناتجاً عن طبيعة الاتفاقية». على أنه إذا اعتبرنا أن دين عدم المنافسة مرتبط جوهرياً بشخص المدين، فإن هذا الدين يرتدي وصف دين بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، وهو يسقط بالوفاة ولن يكون قابلاً للانتقال بقوة القانون[4]. بيد أنه من المشكوك فيه أن يتعلق الأمر بموجب مرتبط بالشخص كما يؤكد ذلك وصف الارتفاق الذي اعتمده الاجتهاد أحياناً كما سنرى.

وهكذا يكون التعهد الشخصي بعدم المنافسة، ما دام أنه محدود إمّا في الزمان أو المكان، مشروعاً شرط عدم تجاوز حياة المدين، وإلاّ تعرض للبطلان ـ لذلك لم يكن من الممكن التأكيد أن التعهد الأبدي صحيح.

ويبدو، إضافة إلى ذلك، أن الاجتهاد الحالي يقبل أن تكون التحديدات في الزمان

= أيلول 1940، القانون الإداري 1941، 37، مصنف الاجتهادات الدوري، 1940، II، 1557، تعليق BECQUÉ ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 163، صفحة 88؛ D.1989، صفحة 157، ملاحظة Ph.MALAURIE. انظر LEPARGNEUR, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs et d'obligations relatifs bien transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 481.

(1) انظر حول المبدإ: النقض بمناسبة عريضة في 3 أيلول 1940، المذكور سابقاً ـ النقض بمناسبة عريضة في 16 تموز 1889، Dalloz 90، 1، 440 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 10؛ Dalloz 1971، صفحة 116 من الموجز؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1971، II، 16856، تعليق MOURGEON؛ مجلة قصر العدل، 1971، 1، 219. انظر في شأن اشتراط ضمني، النقض بمناسبة عريضة في 17 شباط 1931 (القضية الثانية)، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663 ـ النقض التجاري في 21 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، III، رقم 559، صفحة 455. الانتقال إلى الخلف يفسر بتقنية التفرغ عن هذا العقد، L.AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في باريس، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ch.MALAURIE رقم 222 ورقم 223، صفحة 162 وصفحة 163.

(2) انظر على سبيل المثال انتقال عقد التأمين في حالة التصرف بالشيء المؤمن، المادة L.1-120 والمادة L.11-121 من قانون التأمين؛ انظر حول هذه المسائل M.PICARD et A.BESSON, les assurances terrestres, الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، L.G.D.J، 1982، تأليف A BESSON، رقم 231 وما يليه، صفحة 363 وما يليها. انظر أيضاً انتقال عقد العمل في حال تعديل الوضع القانوني للمستخدم، المادة L. 12 - 122، قانون العمل.

(3) محكمة استئناف بواتييه 25 أيار 1936، S.1936، 2، 197؛ Dalloz الأسبوعي 1936، 355 ـ النقض بمناسبة عريضة في 18 تشرين الثاني 1946، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3854، تعليق BASTIAN.

(4) انظر بهذا المعنى النقض بمناسبة عريضة في 2 آذار 1936، المجلة الاجتماعية، 1937، 157، انظر التعليق H.R Sirey, 1928، 2، 215.

والمكان جمعية وليست تخييرية ـ وقد حكمت الغرفة التجارية في حكم بتاريخ 4 أيار 1993 بأن «محكمة الاستئناف أوردت بصواب أن المنع الذي نص عليه بند عدم المنافسة ينبغي أن يقدر على وجه صحيح وأن جعله سوياً يجب أن يكون مراقباً في الزمان وفي المكان بالنسبة إلى الدور الذي يقوم به»[1]. ومن المعروف أن تعبير «بصواب» يعني أن محكمة النقض أجرت رقابة قانونية. واستخدام حرف العطف «و(et)» ليس حيادياً. يضاف إلى ذلك أن هذا الحكم يحوي إرشاداً آخر حول معايير صحة البند؛ والوظيفة المنوطة به لها أهميتها، وينبغي أن تكون منسجمة مع مبدإ حرية المنافسة.

وتأكيد هذا التطور ناتج عن حكم 4 كانون الثاني 1994[2]. كان أحد العقود يتضمن بند عدم المنافسة الذي يمنع استثمار نشاط سيارة أجرة بشكل مباشر أو غير مباشر. وهذا البند كان محدداً زمنياً وجغرافياً. ولم يتقيد المدين بهذا البند فقاضاه الدائن بالعطل والضرر، فإدانته محكمة استئناف فرساي بحجة «أن البند المنازع فيه في القضية الراهنة محدد في الزمان والمكان». وقد نقضت الغرفة التجارية هذا الحكم المحال إليها استناداً إلى المادة 50 من الأمر الاشتراعي رقم 47 ـ 1483، تاريخ 30 حزيران 1945 لأن «محكمة الاستئناف، بتقريرها على هذا النحو، بدون البحث، كما كان مطلوباً منها، عما إذا كان البند موضوع النزاع، حتى المحدد في الزمان والمكان، لم يكن متبايناً تجاه موضوع العقد، لم تعط قرارها الأساس القانوني»، ولا يمكن إلاّ التشديد على أهمية هذا الحل. إنه بالفعل، ولو كان قد صدر في ظل الأمر الاشتراعي لعام 1945 (الملغى) ـ يمكن أن يعتبر صحيحاً في ظل الأمر الاشتراعي الحالي في أول كانون الأول 1986 الذي تستعيد مادته السابقة وما يليها المادة 50 التي استندت إليها محكمة النقض في جوهرها. إذن ثمة معيار ثالث يضاف إلى المعيارين التقليديين لصحة البند الذي يبدو طابعه الجمعي مؤكداً. والمسألة المتعلقة بتأبيد بند عدم المنافسة تبدو من غير الواجب طرحها في المستقبل.

إن الطابع الجمعي المحدود الزمان والمكان، تجاه قصدية البند، يمكن تفسيره وتسويغه. ولن يكون البند غير المحدد زماناً ومكاناً غير قابل للفهم إلاّ تجاه موضوع العقد طالما أنه مسوّغ بتحديده في الزمان. وهناك أيضاً مجازفة في رؤية الحماية الممنوحة للمدين بالبند ترد ضده. ويقود البحث عن التوازن بين المصالح المتضادة بالتالي إلى ضرورة التحديد في الزمان.

بيد أنه إذا كان ممنوعاً على من هو أهل للحق أن يتعاقد على تعهد أبدي، وبالتالي إلزام الأشخاص التاليتين للمستقبل بصفة شخصية، حتى عمرية، فمن المسموح له إنشاء

(1) 4 أيار 1993، النشرة المدنية، IV رقم 172، صفحة 120 ـ انظر أيضاً حول الطابع الجمعي، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 نيسان 1993، النشرة المدنية، III، رقم 52، صفحة 33؛ Dalloz 1993، صفحة 115 من التقرير، غير أن مسألة الطابع التخييري أو الجمعي لم تكن مطروحة في الحقيقة.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 4، صفحة 4.

ارتفاق، أي إنشاء عبء عيني يثقل ما لا لصالح شخص آخر. وتنص المادة 686 من القانون المدني على ما يلي: «يسمح للمالكين أن يقيموا على أملاكهم أو لصالح هذه الأملاك ارتفاقات كهذه وفقاً لما يشاؤن، شرط أن لا تكون هذه الارتفاقات مفروضة على الشخص ولا لصالح الشخص، وإنما على العقار وحسب ولصالحه شرط أن لا تتعارض هذه الارتفاقات مع الانتظام العام». وقد حُكم، استناداً إلى هذا النص، بأن بنداً يمنع على أي شاغل أو مكتسب ملكية عنبر أن ينشىء فيه مرآباً ويستثمره أو مركز خدمة هو مشروع. وقد قررت محكمة الاستئناف عكس ذلك ورفضت تطبيق المادة 686 وطبقت عن خطأ قانون 2 ـ 17 آذار 1791[1].

191 ـ بنود عدم المنافسة المدخلة في عقود العمل[2].

حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأن «بند عدم المنافسة المدخل في عقد عمل مشروع إذا كان لا يتعدى على حرية العمل بسبب امتداده في الزمان وفي المكان، مع الأخذ في الحسبان طبيعة نشاط الأجير، يكون غير مشروع بمقدار هذا التعدي»[3]. وتحديدات الزمان والمكان في عرف الغرفة الاجتماعية ليست إذاً تخييرية وإنما جمعية.

وقد أخذت الغرفة التجارية من جهتها[4] بأن غياب التحديد في الزمان يكفي لكي يؤدي

---

(1) النقض التجاري في 15 تموز 1987، المذكور سابقاً.

(2) انظر: LINDON, Validité de la clause de non-concurrence dans les contrats de lourage de services، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، 1، 1593 ـ Y.SERRA, Dix années de jurisprudence en matière d'obligation de non-concurrence en droit du travail, in Dix ans de droit de l'entreprises، منشورات Litec، 1978، صفحة 636 ـ Y.SERRA, la protection du patrimoine intellectuel de l'entreprise: obligation de non-concurrence et autres clauses contractuelles, in Informatique et relations de travail، منشورات Economica، 1966، صفحة 171 ـ G.VIRASSAMY, Les limites à l'informatique sur les affaires d'une entreprise، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 202 وما يليها ـ J.AMIEL-DONAT, Les clauses de non- concurrence en droit du travail، منشورات Litec، 1988، رقم 14 وما يليه ـ P.BRONNERT, La clause de non-concurrence dans le contrat de travail، أطروحة في ليون III، 1974، صفحة 49 وما يليها ـ Y.SERRA, L'obligation de non-concurrence، أطروحة في منشورات Sirey، 1970، مقدمة J.M.MOUSSERON.

(3) النقض الاجتماعي في 25 أيلول 1991، النشرة المدنية، v، رقم 379، صفحة 236؛ Dalloz 1991، صفحة 241 من التقرير ـ 11 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، V، رقم 459، صفحة 278 ـ 13 تشرين الأول 1988، Dalloz 1989، صفحة 123، تعليق Y.SERRA، النشرة المدنية، V، رقم 494، صفحة 320. وبالمعنى عينه النقض الاجتماعي، 4 آذار، 1970، النشرة المدنية، V، صفحة 121 ـ 16 أيار 1972، النشرة المدنية، V، صفحة 322. قبلت الغرفة الاجتماعية، بعد أن أكدت المبدأ، صحة البند غير المحدد في المكان ولكنه محدد في الزمان بسبب مسلك المدين بموجب عدم المنافسة. انظر نقيض ذلك: النقض الاجتماعي؛ 27 حزيران 1984، النشرة المدنية V، رقم 269، صفحة 204، Dalloz 1985، صفحة 151، التقرير ملاحظة Y.SERRA.

(4) النقض المدني، 22 أيار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 172، صفحة 143؛ Dalloz 1985، صفحة 151 من التقرير، ملاحظة SERRA ـ النقض التجاري في 18 كانون الأول 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 340، صفحة 267 ـ أضف إلى ذلك: بالمعنى عينه النقض المدني في 18 حزيران 1945، Dalloz 1954، =

إلى إبطال البند طالما أن مفعوله وضع الأجير القديم في حالة يستحيل عليه أن يزاول نشاطه بشكل طبيعي. وهناك ما هو أكثر من ذلك. ان بنداً محدداً في الزمان وإنما يقود إلى نتيجة كهذه هو باطل أيضاً: وهكذا يبدو أن الغرفة التجارية[1] تقيم بشكل مباشر وزناً لخطورة عرقلة نشاطات المدين، بدون تطلب تحديد مزدوج في الزمان والمكان على أن الاستحالة ينبغي أن تكون مطلقة، أي أن تضع المدين بموجب عدم المنافسة في استحالة قيامه بالعمل، على اعتبار أن هذا المدين لم يعد في وسعه مزاولة مهن أخرى بالنظر إلى صفاته المهنية[2].

ويبدو، بالنسبة إلى تشكيلي محكمة النقض، أن معيار صحة بند عدم المنافسة يكمن في المفعول الناتج أكثر مما هو في هذه الأوضاع. ويتعلق الأمر بمعرفة ما إذا كان البند يعرّض بشكل خطير جداً المبدأ الجوهري لحرية العمل للخطر[3]. إن عامل الزمان في هذه الرؤية ليس سوى عنصر تقدير بين غيره من العناصر.

يضاف إلى ذلك أن الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض فرضت شرطاً إضافياً لصحة هذه البنود. يجب أن يكون لا غنى عنه لحماية مصالح المؤسسة المشروعة[4]. وينبغي

= 332 ـ النقض المدني في 27 تشرين الأول 1936 مجلة قصر العدل، 1936، 2، 837 ـ 26 آذار 1928، مجلة قصر العدل، 1928، 1، 705؛ Dalloz 1930 1، 145، تعليق PIC الناقد؛ Sirey 1928، 1، 204.

(1) النقض التجاري، 15 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 304، صفحة 205 ـ وبالمعنى عينه النقض بمناسبة عريضة في 17 أيار 1911، Siery 1913، 1، 253. وكذلك النقض المدني، 19 كانون الأول 1960، Dalloz 61، 511 ـ وعلى نقيض ذلك النقض المدني، 26 آذار 1928 المذكور سابقاً.

(2) انـــظـــر: G.CAS et R.BOUT, Lamy droit économique, concurrence distribution, consommation، 1989، رقم 476.

(3) النقض الاجتماعي، 6 آذار 1985، Dalloz 1985، صفحة 476 من التقرير، ملاحظة Y.SERRA ـ 31 آذار 1981 (حكمان)، النشرة المدنية، V، رقم 282 ورقم 283، صفحة 209 وصفحة 210؛ Dalloz 1982، صفحة 202 من التقرير، ملاحظة Y.SERRA ـ 9 تموز 1985، Dalloz 1986، صفحة 341 من التقرير، ملاحظة Y.SERRA ـ قارن بالنقض التجاري في 2 نيسان 1979، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، صفحة 812، ملاحظة G.CORNU (غير منشور في الجريدة الرسمية). الاشتراط الذي يتعهد فيه مهندس مستشار تجاه مستخدمه بعدم استعمال أسلوب تقني وعدم نشره بدون تحديد زمان ومكان هو مشروع طالما أنه لا يمنع صاحب العلاقة من مزاولة مهنته ـ انظر أيضاً النقض الاجتماعي في 11 تشرين الأول 1990 المذكور سابقاً والذي، بعد أن ذكّر بتطلب تحديد مزدوج في الزمان والمكان، يضيف أن البند الذي لا يمنع الأجير من مزاولة نشاطه المهني بصورة مطلقة هو صحيح. وبصورة أوضح أيضاً النقض الاجتماعي، 4 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، II، رقم 607، صفحة 367: ما دام أن محكمة الاستئناف تبين أن الأجير يحتفظ بإمكانية مزاولة نشاطات متوافقة مع تأهيله وخبرته المهنية، فبإمكانها التقرير أن بند عدم المنافسة مشروع ـ الغرفة المدنية الأولى، 16 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 314، صفحة 206، في صدد بند عدم منافسة جرّاح.

(4) النقض الاجتماعي في 14 أيار 1992، النشرة المدنية، V رقم 309، صفحة 193. يبين التقرير السنوي لمحكمة النقض لعام 1992 «إن الأمر لا يتعلق بتحظير بنود كهذه وإنما بتجنب أن يرى أجراء لا يتمكنون، بسبب مستواهم التسلسلي أو مجال نشاطهم، من الحصول على معلومات هامة، إمكانيات استخدامهم محدودة بدون تسويغ حقيقي» (صفحة 247).

بالتأكيد أن يقارن هذا الحل بالتطور الذي يمكن التحقق منه في ما يتعلق ببنود عدم المنافسة التي تفرض تقييداً لحرية المقاولة[1]. إنه يلجأ بشكل معقول إلى الإلهام عينه، وبالتالي ترتسم بين هذين النموذجين من البنود وحدة نظام..

إن دين عدم المنافسة غير قابل للانتقال بسبب طابعه الشخصي الصرف[2].

III ـ محاولة تركيب

192 ـ الأحكام الخاصة التي تدين التعهد الأبدي هي إبراز لمبدإ عام مبني على المنفعة الاجتماعية للعقد وبمقتضاه يجب أن لا يكون لمدة تنفيذه مفعول التخلي عن الحرية على الأقل عن قسم منها.

ينبغي في أول الأمر التحديد أن عيب التأبيد لا يمكن الأخذ به إلاّ أن يكون ثمة موجب حقيقي ناشىء وحالي بين شخصين أو أكثر. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 4 حزيران 1991 «بأن اشتراط شرط موقف بدون أجل محدد لا يضفي على الموجب طابعاً أبدياً وهكذا يبقى العقد طيلة عدم تحقق الشرط»[3]. وهذا الحل ترجمة ملموسة لنظرية الشرط. وبالفعل يستدعي الموجب المبرم في هذه الكيفية، حسب تعبير السيد Taisne، «عدم وجود حقوق يولدها العقد تحت شرط معلق»[4]. وبالتالي من المنطقي الاعتراف بأن عيب التأبيد لا يمكن أن يفسد موجباً كهذا، طالما أن هذا الموجب غير موجود بعد، حتى ولو كان الدائن مع وجود الشرط يملك بعض الامتيازات حتى قدوم الشرط أو تخلفه.

وعليه تكون التعهدات الأبدية ـ التي يريد الفريقان أن تكون قابلة للانتقال إلى ما لا نهاية له ـ محظرة. فالمادة 686 من القانون المدني المذكورة آنفاً تمنع إنشاء ارتفاق، أي إنشاء حق عيني تابع منذور إلى التأبيد بوجه آخر غير «متعلق بالعقار أو من أجل العقار»، ذلك بأن الحقوق العينية وحدها يمكن أن تنشد التأبيد لأنها لا تفسد حرية الإفراد. ومنع إنشاء ارتفاق «للشخص أو لمصلحة أحد الأشخاص» ترجمة محسوسة لمبادىء الحرية والكرامة الإنسانية[5]، وأي شكل استعباد يناقض المبادىء الأساسية للجمهورية. ولا يمكن أن يصبح

---

(1) انظر الرقم 190 السابق.

(2) انظر G.CAS et R.BOUT، المذكورين سابقاً، رقم 484.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية، I، رقم 180، صفحة 118؛ D.1992، صفحة 170، تعليق M - O.GAIN.

(4) La notion de condition dans les actes juridiques. أطروحة في ليل II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، صفحة 400.

(5) ما له مدلوله ملاحظة أن هذه المبادىء هي التي سوّغت أبطال التعهدات المتخذة من قبل شريكي العملية لصالح شركات تعاونية لمدة خمسين سنة. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 نيسان 1978 (النشرة المدنية، I، رقم 161، صفحة 128) بأن «كل شريك في شركات رأس المال المتغير بإمكانه الانسحاب من الشركة عندما يرى ذلك مناسباً، إلاّ في حال وجود اتفاقية معاكسة، وأن أنظمة =

من هو أهل للحق موضوع حق. ويمكن أيضاً التفكير في أن المنفعة الاجتماعية تشكل عقبة أمام إبرام اتفاقيات أبدية (عقد عمل، إيجارات قابلة للانتقال بدون تحديد» الخ. . .) لأن هذه الاتفاقيات، بتجميدها أوضاعاً قانونية، هي عائق أمام تكوين تبادلات جديدة، وكنتيجة لذلك أمام إنشاء ثروة وتنقلها.

والقاعدة تشكل على وجه العموم عقبة أمام إبرام عقود لمدى الحياة. فالتأبيد بالفعل مبدأ نسبي[1]، ولا يمكن تقديره إلاّ تجاه الحياة البشرية.

وقد تمت مراجعة محكمة النقض في 5 آذار 1968[2]، حول صحة عقد أعطى بموجبه رسام «لمدة غير محددة» وكالة حصرية ببيع لوحاته مقابل عمولة قدرها 49%، وتعهد الوكيل بتنظيم معارض الإنتاج وتأمين حد أدنى للمبيعات بمبلغ ألف فرنك شهرياً. وكان قضاة الأساس، لإعلان صحة العقد، قد قدروا أن تعبير «مدة غير محددة» جرى استعماله في غير موضعه، وكان يجب أن يفهم منه «مدة غير معينة». وقد جرى نقض الحكم لتشويه الآجال الواضحة والدقيقة للاتفاقية. وهذا يعني التأكيد بالضرورة أن التعهد غير المحدد، بالنظر إلى أنه طيلة حياة الرسام أو الوكيل، كان يماثل تعهداً أبدياً. وبطلان العقد كان مفروضاً إذن، إذ قيّد الفريقان حريتهما في نسبة جعلت العقد غير مفيد اجتماعياً.

وكان عيب التأبيد قد أخذ به أيضاً في فرضية خاصة حيث قيّد أحد المتعاقدين حريته باختياره، وهذا ما حكمت به الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 كانون الثاني 1989[3].

كانت شركة Léonard، في 18 تشرين الأول 1975، قد أبرمت مع شركة Cofratel اتفاقية تعهدت فيها هذه الشركة الأخيرة بتأمين خدمة تجهيزات هاتفية. وكانت مدة الاتفاقية خمس عشرة سنة. وورد فيها، إضافة إلى بند ضمني بالتجديد، بند بموجبه «تستعيد الاتفاقية مدتها بالنسبة إلى الشبكة بكاملها ابتداء من تاريخ يتناول فيه الإيجار الأساسي زيادة تفوق 25% بنتيجة زيادة تجهيز أو عدة تجهيزات وبنسبة أدنى أيضاً في حالة استبدال المعدات بسبب الضم». وبالتالي يمكن أن يتابع العقد، بمفعول هذا البند في العقد، إلى ما لا نهاية له لمدة خمس عشرة سنة ما دام أن المستفيد من التجهيزات الهاتفية قد طلب التكيف مع تطور

= الشركات يمكن أن تحدد ممارسة هذا الحق وإنما فقط بالمقياس المنسجم مع احترام الحرية الفردية». وبالتالي نقضت الحكم المحال إليها الذي أخذ بأن تعهد شريك في العملية لمدة خمسين سنة كان سليماً لأن «تعهد كهذا مبرماً لفترة من الزمان تعادل أو تفوق المدة الوسطية للحياة المهنية لا يحترم الحرية الفردية لمن التزم به». انظر في الاتجاه عينه الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية I، رقم 53، صفحة 34.

(1) انظر G.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 20، صفحة 15.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 آذار، 1968، النشرة المدنية، I، رقم 85، صفحة 68؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15525، تعليق R.L.، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، ملاحظة G.CORNU.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 3، صفحة 2.

الحاجات أو التقنية. ثم نقضت شركة Léonard هذا العقد في عام 1984. فقاضتها شركة Cofratel لدفع التعويض المتفق عليه في حالة تحقيق مسبق. فردت محكمة استئناف باريس هذا الاستئناف بحجة أن العقد كان باطلاً لاحتوائه البند المشار إليه سابقاً الذي كان هو ذاته باطلاً لأنه فرض مدة غير محددة على موجبات الفريقين بدون أن يكون في وسع أحدهما أن يضع نهاية له بعد زمان معين. وقد بنت محكمة الاستئناف حكمها على واقع أن الإيجار لا يمكن أن ينعتق من موجباته إلاّ بقبول الحفاظ على التجهيزات الأولية في حالتها وبالتالي قبول أن تكون غير مؤهلة لتقديم الخدمات التي أنشئت من أجلها في الإيجار. وردت محكمة النقض الطعن الذي يتمسك فقط بوسيلة دعم مستخرجة من أن محكمة الإستئناف حكمت استناداً إلى اعتبارات عامة وفرضية. ويمكن التقدير بالفعل إن هذا الحكم يترجم مفهوماً توسعياً لمبدإ التأبيد. كانت هناك حقاً إمكانية أمام المستأجر لوضع نهاية للاتفاقية. ومنفعة العقد الاجتماعية هي التي كانت تسوّغ الإبطال في الواقع. وبما أن عدم وجود منفعة للاتفاقية ليس بحد ذاته سبباً للبطلان، فإن التحقق وحده من عيب التأبيد كان يتيح الوصول إلى النتيجة المنشودة: إبطال العقد.

وقد تمسكت الغرفة التجارية بمذهبها في مناسبة نزاع يعرّض صحة شرط مماثل تماماً للخطر. ففي 3 تشرين الثاني 1992 ردت طعناً قُدم لها بحجة أن «الحكم يبين أن المستأجر، عدا عدوله عن أي تعديل للتجهيزات الهاتفية مدة خمس عشرة سنة، مع أن الأمر يتعلق بمعدات في تطور تقني مستمر، وإلى منع نفسه هكذا من أي تكيّف مع حاجاته المتقلبة بالضرورة، كما يبين ذلك الملحق التعديلي أو الإضافي الموقع في أول نيسان 1986، أصبح ملزماً، بمفعول المادة 6، بموجبات تجاه شركة Telinor **لمدة يمكن أن تستمر إلى ما لا نهاية له**»[1].

وتحظير التعهدات الأبدية أخيراً لم يعد مسوّغاً بالخشية من العودة إلى النظام القديم وإنما بعدم وجود منفعة اجتماعية للعقد الأبدي، مما يسوّغ، عند الاقتضاء، تلطيف مبدإ التأبيد ذاته.

على أن بعض العقود لمدة طويلة جداً متوافق مع المنفعة العامة (إيجار معقود طيلة حياة المؤجر مثلاً). وينبغي أن لا يغيب عن البال أن العقد هو أداة يعاقبها القانون لأنها تتيح عمليات مفيدة اجتماعياً ومتوافقة مع المنفعة العامة، أي المصلحة العامة. وبالتالي لا يتردد القانون الوضعي في الاعتراف بفعالية هذه العقود لمدة طويلة جداً. غير أن عددها يبقى محدوداً.

وفي عرف السيد Azéma «أساس التعهد الأبدي يبدو أقل فأقل كحماية للمنفعة العامة وأكثر من ذلك للحرية الفردية». واستنتج من ذلك أن البطلان النسبي، إذا كان البطلان

---

(1) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 3 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 339، صفحة 242.

المطلق يتوافق تماماً مع الأساس المقرر سابقاً للتحظير، يبدو على العكس أكثر ملاءمة بكثير للأساس المتوافق على أنه معترف به اليوم[1]. صحيح أنه لم يعد هناك ما تخشى منه العودة اليوم، حتى الجزئية، إلى النظام الإقطاعي. بيد أن حماية الحرية الفردية تعود، في هذا المجال، إلى المصلحة العامة. فالطابع الأبدي متناقض مع منفعة العقد الاجتماعية. وهذا العقد، كأداة مميزة للتبادل الاقتصادي، يجب أن لا يصبح وسيلة لتجميد النشاطات والأشياء خلال مدة مفرطة. وتفرض منفعة العقد الاجتماعية مدة تنفيذ مفيدة، إلاّ أنها تمنع أيضاً مدة أبدية هي مصدر شيخوخة التبادل الاقتصادي. والحكم الصادر في 3 كانون الثاني 1989 المشار إليه آنفاً هو برهان بهذا المعنى فالمصلحة العامة، في هذه الرؤية، تتعايش مع حماية المصلحة الفردية وتسوّغ أن يكون البطلان المطلق عقوبة التعهدات الأبدية[2].

الفقرة 2 ـ تحديد المدة السلطوي

193 ـ يتم التحديد السلطوي لمدة تنفيذ العقد في اتجاه الحد الأقصى المسموح به أو بالعكس في اتجاه حد أدنى مفروض.

I ـ يفرض القانون حداً أقصى

194 ـ لا يشكل التحديد القانوني لمدة العقد القصوى عقبة أمام إبرام عقد لمدة غير محددة.

عندما ينظم القانون مدة العقود القصوى فذلك للمصلحة العامة، أي لمصلحة الأشخاص الثالثين بصورة أساسية، أو مصلحة المتعاقدين وحدهم، أو أخيراً لمصلحة أحد الفريقين[3]. وقدوم الأجل، المحدد تاريخه قانوناً، يتيح للفريقين استعادة حريتهم. ويظهر تحديد مدة تنفيذ العقود إذاً كتدبير معدّ أساساً لحماية الحرية الفردية أو الجماعية، ولا سيما في مظهره كتنقل للأموال. وفي ما يتعلق بالعقود لمدة غير محددة[4]. تتأمن الحرية بالاعتراف بحق فسخ العقد الأحادي الجانب. وينجم عن هذه التحققات أن التنظيم السلطوي لمدة العقد القصوى ليس من شأنه وحده تحظير العقد لمدة غير محددة[5].

فالمادة 1873 ـ 3 من الفقرة الأولى، من القانون المدني تمنع اتفاقيات الشيوع لمدة محددة إذا تجاوزت خمس سنوات. بيد أن الفقرة 2 من النص عينه تسمح صراحة بالاتفاقيات

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 32، صفحة 25.

(2) انظر تلاشي العقد.

(3) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 38، صفحة 30.

(4) انظر الرقم 238 اللاحق وما يليه.

(5) انظر بهذا المعنى I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453.

لمدة غير محددة، مبينة ـ وذلك لم يكن مفيداً ـ ان: «القسمة، في هذه الحالة يمكن طلبها في أي وقت شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو كعائق».

ويمكن أن تكون الاتفاقيات والاتفاقات المتعلقة بالعمل لمدة محددة أو غير محددة، إلاّ أنه: «عندما يبرم الاتفاق أو الاتفاقية لمدة محددة، لا يمكن أن تكون هذه المدة لأكثر من خمس سنوات» (المادة L.6-132 من قانون العمل).

ويبين هذان المثالان أن وجود حد أقصى لا يشكل عقبة أمام مبدإ العقد لمدة غير محددة.

195 ـ يمكن أن يستبعد تنظيم العقد لمدة محددة، في بعض الحالات، إبرام عقود لمدة غير محددة.

تنص المادة L.19-132 من قانون الملكية الفكرية على أن «عقد التمثيل (أو النيابة) يبرم لمدة محددة أو لعدد محدد من الاتصال الجمهور» والطريقان حران في تحديد مدة عقد التمثيل وإنما عليهما قهرياً تحديده في الزمان. والمشترع بدلاً من أن يفرض سلطوياً حداً أقصى ترك هذا الأمر إلى الفريقين وإنما استبعد بذلك إمكانية إبرام عقد لمدة غير محددة.

وهناك ما يدعو إلى الأخذ بتحليل مماثل بالنسبة إلى إيجار الحِكر الحكمي، إذ تعين المادة L.1-451 من القانون الريفي بأنه يعقد لمدة بين ثماني عشرة وتسع وتسعين سنة ولا يمكن تجديده ضمنياً. والمادة 251 ـ 1 من قانون البناء والإسكان تحوي نصاً مماثلاً بالنسبة إلى الإيجار للبناء.

إن منع العقد لمدة غير محددة مفهوم طالما أن في الذهن حداً أقصى مسموحاً به يتوافق كذلك مع منح أحد الفريقين، الأكثر تبعية، حداً أدنى. ولا يتعلق الأمر إذاً بحماية حرية المتعاقدين وحسب، وإنما أيضاً تأمين أمن معين مع الترك للفريقين إيجاد توازن بين هذه الأوامر. والطريقة المستخدمة أكثر مرونة من الطريقة المرتكزة على فرض مدة دنيا سلطوياً تستبعد أي تكيّف للعقد مع الأوضاع الخاصة[1].

وغياب تحديد مدة العقد الذي ينبغي أن يكون قهرياً بين حدين أقصى وأدنى لا يمكن منطقياً أن يعاقب بالبطلان[2]. فليس في وسع القاضي أن يحل محل الفريقين لإكمال العقد. على أنه يمكن الاعتراف له بسلطة تحديد الأجل بالإسناد إلى نية الفريقين المشتركة وعن طريق قرائن واقعية للإنسان. يمكن إذاً التفكير في أن البطلان لا يستقيم إلا أن يكون من المستحيل تحديد مدة العقد أو أن يظهر أن الفريقين أرادا إبرام عقد لمدة غير محددة.

وجرى التمسك بأن إبرام عقود لمدة غير محددة ممنوع في الأوضاع التي يسوسها قانون

(1) انظر الرقم 198 اللاحق وما يليه.

(2) انظر بهذا المعنى في شأن معاقبة المادة L. 44، 11 آذار 1857، I.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 442.

12 تموز 1990 حول عقود العمل الموقتة لمدة محددة. بيد أن هذا التأكيد لا يبدو أنه أخذ في الحسبان وجود العقد لمدة غير محددة والقرائن الموجودة في هذه المادة. وسيتم تفحص هذه المسألة في صدد هذه المسائل[1].

196 ـ التطور التشريعي

يحوي القانون المدني لعام 1894 بعض النصوص التي تحدد مدة العقود. فالمادة 815، الفقرة 2، كانت تمنع اتفاقيات الشيوع لمدة تتجاوز خمس سنوات والمادة 1660 كانت تحدد الفترة التي يمكن فيها ممارسة إمكانية استرداد المبيع. وبمقتضى المادة 619: «حق الانتفاع غير الممنوح للأفراد لا يدوم إلاّ لثلاثين سنة»[2].

والتطور موسوم بزيادة ثابتة لتنظيم مدة العقود القصوى.

وهكذا حدد قانون 14 تشرين الأول 1943 (المادة الأولى)[3] ـ وهو من الانتظام العام ـ بعشر سنوات كحد أقصى صحة أي بند حصرية يلتزم فيه الشاري، أو المتفرغ له، أو مستأجر أموال منقولة، تجاه بائعه المتفرغ أو المورّد بعدم استعمال أشياء شبيهة أو تكميلية من مورّد آخر[4]. والمادة L.132-19 من قانون الملكية الفكرية تحدد في فقرتها الثالثة بخمس سنوات مدة عقد التمثيل الحصري لإنتاج الفكر. وقانون 24 تموز 1966 (المادة 2) يحدد أن مدة شركة تجارية لا يمكن أن تتجاوز تسعة وتسعين عاماً. وقد امتدت القاعدة إلى الشركات جميعاً في قانون 4 كانون الثاني 1978 الذي عدل المادة 1838 من القانون المدني. وحدد قانون 2 كانون الثاني 1970 (المادة 7) ومرسومه التطبيقي بتاريخ 20 تموز 1972 (المادة 76) قهرياً مدة الوكالة الحصرية المعطاة لوكيل عقاري[5]. وتنص المادة 3 ـ 2 من مرسوم 30 أيلول 1953 على ما يلي: «بإمكان الفريقين، لدى دخول المستأجر إلى الأماكن، الشذوذ عن أحكام هذا المرسوم شرط أن يكون الإيجار مبرماً لمدة تساوي سنتين على الأكثر».

---

(1) انظر الرقم 201 اللاحق.

(2) يمكن أيضاً الاستشهاد بالمادة 595 من القانون المدني التي كانت تنظم مدة الإيجار الذي يوافق عليه المتمتع بحق الانتفاع بالرجوع إلى أحكام الأنظمة الزواجية. كان الوصي خاضعاً لهذه الأحكام عينها، انظر حول هذه المسألة J.AZÉMA، الأطروحة الآنفة الذكر رقم 62 وما يليه، صفحة 48 وما يليها.

(3) النقض التجاري في 25 آذار 1974، النشرة المدنية، IV، رقم 106، صفحة 85.

(4) انظر حول هذا النص، G.S.VARASSAMY, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique، أطروحة في باريس، L.G.D.J، 1986، مقدمة J.GHESTIN، رقم 273 ـ G.CAS et R.BOUT, Lamy droit économique Concurrence, Distribution, consommation، 1989، رقم 3318 وما يليه. انظر بالنسبة إلى تعريف بند الحصرية، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 342، صفحة 308.

(5) انظر حول التحديد في الزمان للوكالات الحصرية قبل قانون 1970، J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 159 وما يليه.

197 ـ اختيار المعاقبة: البطلان أو التخفيض[1]

يحدد القانون استثنائياً طبيعة المعاقبة. فالمادة 1660، الفقرة 2 من القانون المدني تأخذ بأنه إذا كانت إمكانية استرداد المبيع مبرمة لمدة تفوق المدة المسموح بها فإنها تخفض إلى خمس سنوات. ولكن ما هو القرار في حال عدم وجود نص قانوني؟

ثمة حلان من الممكن مواجهتهما: البطلان والتخفيض. كان التخفيض معتمداً لبعض الوقت لتطبيق قانون 14 تشرين الأول 1943[2]. غير أن الغرفة التجارية في محكمة النقض أخذت، في حكم بتاريخ 7 نيسان 1992، بالبطلان المطلق كعقوبة، استناداً إلى المادة الأولى من قانون 14 تشرين الأول 1943 والمادة 1388 من القانون المدني، وحكمت بأن «العقود المبطلة بطلاناً مطلقاً، بكونها مجردة من وجود قانوني، ليست قابلة للتأكيد»[3]. وحكمت محكمة النقض، في شأن الوكالة الحصرية التي ينظمها قانون 2 كانون الثاني 1970 بأن «الاتفاقيات من أي طبيعة كانت والمتعلقة على وجه الخصوص بشراء عقارات ومؤسسات تجارية أنشأها أشخاص يتفرغون اعتيادياً لهذه العمليات أو يقدمون مساعدتهم فيها هي باطلة عندما لا تشتمل على تحديدات لمفاعيلها في الزمان»[4]. بيد أن تلطيفاً جرى على هذه القاعدة عندما تحوي الوكالة بنداً ضمنياً بالتجديد. والبطلان التي تتعرض له محدود. فقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 تشرين الأول 1987، «بأن الوكالة الحصرية للبحث عن مكتسب، ملكية المعقودة مع مبنى في الشأن العقاري لمدة ثلاثة أشهر من حيث المبدأ وإنما محددة بعد ذلك إلى ما لا نهاية له بتجديد ضمني ليست، باستثناء مدة الأشهر الثلاثة هذه، محددة في الزمان، وبالتالي تتعرض إذاً، بالنسبة إلى كل ما يتجاوز هذه المهلة، للبطلان الوارد في النص الأول من هذين النصين»[5]. وفي 19 أيار 1990 حكمت الغرفة ذاتها بأن وكالة حصرية تشتمل على بند ضمني بالتجديد لمدة سنة فقط هو محدد مما يجعل الوكالة صحيحة[6].

ولا تنص المادة 1844، 10 من القانون المدني ولا المادة 360 من قانون 24 تموز 1966، في مجال الشركات، صراحة على بطلان شركة مدتها تتجاوز تسعة وتسعين عاماً.

---

(1) انظر تلاشي العقد.

(2) النقض التجاري، 11 آذار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 105.

(3) مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 440، صفحة 353.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 22 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 92.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 226، صفحة 193. وفي الاتجاه عينه، الغرفة المدنية الأولى، 10 حزيران 1987، النشرة المدنية، I، رقم 184، صفحة 137 ـ 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 3، صفحة 2 ـ 4 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 237 ـ 8 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، I، رقم 235، صفحة 224 ـ 22 أيار 1985، النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 145 ـ 16 تشرين الأول 1985، النشرة المدنية I، رقم 262، صفحة 234. انظر Ph. RÉMY، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 355 وصفحة 356.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 95، صفحة 70.

ويبدو أن العقوبة المناسبة هي تخفيض المدة إلى الحد الأقصى القانوني المسموح به.

ويقيم الاجتهاد بشكل عام وزناً لهدف القاعدة من أجل تكييف العقوبة. وهذا المسعى تجريبي بالطبع.

وهكذا يكتفي الاجتهاد مثلاً، بدلاً من إبطال شرط عدم المنافسة، برفض تطبيقه عن طريق استبعاد دعاوى التعويض المبنية على انتهاكه، بملاحظة أن البند المنازع فيه لا يمكن أن يمنع قانوناً التصرفات المطعون فيها[1].

ليس هناك أخيراً أي قاعدة عامة تعاقب انتهاك المدة القصوى.

II ـ يفرض القانون حداً أدنى

198 ـ قصدية الحد الأدنى المفروض.

«حدد القانون الليبيرالي حداً أدنى لصالح الحرية، وأنشأ القانون المعاصر هنا وهناك مدة دنيا لصالح الأمن»[2]. وهكذا يشكل تتطلب المدة الدنيا بالضرورة عقبة أمام العقد لمدة غير محددة[3]، والبحث عن أمن أكبر عن طريق تبني «حد أدنى»، المفضل أحياناً بوجود مجموعات ضغط، مرئي على وجه الخصوص في مجال الإيجارات.

وبيّن السيد Azéma في عام 1969، عقدين فرض القانون في صددهما حداً أدنى: الإيجار الريفي (المادة 1 L5-411 اليوم من القانون الريفي[4]) وللإيجار التجاري (المرسوم رقم 83، 960، تاريخ 30 أيلول 1953 المعدل)[5]. ثم أصبحت القائمة طويلة منذ ذلك الوقت.

وقد عرّف قانون التوجيه العقاري رقم 67 ـ 1253، تاريخ 30 كانون الأول 1967 عقد التفرغ العقاري بتعيين أنه «يمنع شخصاً يسمى المتفرغ له حق التمتع لمدة عشرين سنة كحد أدنى» (المادة 48).

ونص القانون رقم 82 ـ 526، تاريخ 22 حزيران 1982، المسمى قانون Quillot المتعلق بالإيجارات لاستعمال سكني أو لاستعمال سكني ومهني، والملغى بالقانون رقم 86 ـ 1290، تاريخ 23 كانون الأول 1986، المسمى قانون Méhaignerie (المادة 55)،

---

(1) انظر تلاشي العقد.

(2) GARBONNIER, Obligations، الفقرة 140.

(3) J.AZÉMA، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 173.

(4) تعين المادة L.4-411 من القانون الريفي أن الإيجارات الريفية يجب أن تكون خطية. «تعتبر الإيجارات المبرمة شفهياً، في حال عدم وجود مستند خطي مسجل قبل 13 تموز 1946، قبل هذا التاريخ أو بعده، أنها معقودة لتسع سنوات بالبنود والشروط المحددة في العقد النموذجي الذي حددته اللجنة الاستشارية للإيجارات الريفية». وتشكل المادتان 410 - L.40 وL.45-411 استثناء لمبدإ المدة الآمرة لتسع سنوات.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 68 وما يليه، صفحة 51 وما يليه.

باستثناء المواد 76 و78 و81 و82، على أن الإيجار كان مبرماً لمدة دنيا قدرها 6 سنوات، أو عندما يكون المؤجر شخصاً طبيعياً لمدة ثلاث سنوات. وينص قانون عام 1986 الأقل إكراهاً على أن عقد الإيجار يبرم لمدة ثلاث سنوات على الأقل (المادة 9، الفقرة 1). وقد ألغى القانون رقم 89 ـ 462، تاريخ 6 تموز 1989، هذا القانون. أما في ما يختص بمدة الإيجار فقد استعاد القانون الجديد بلا قيد أو شرط مبادىء قانون Quilliot[1].

ومنذ وقت أحدث منح بعض الفنانين الاستفادة من «الملكية التجارية»[2].

199 ـ المعاقبة المناسبة الوحيدة هي وضع العقد في توافق، أي استبدال نص نظامي بالبند غير النظامي.

القوانين المثارة هي من الانتظام العام. وغالباً ما يتعلق الأمر بالانتظام العام الاقتصادي للحماية. وهذه القوانين لا تحظر على الفريقين النص على مدة تفوق المدة القانونية، وإنما تمنع على الفريقين النص على مدة أقل. والضمان الأفضل لفعالية القانون ليس البطلان إذن، وإنما توافق العقد مع الأحكام القانونية. فالقاضي يتحقق من بطلان البند ويستبدل به النص القانوني[3]. والحكم ببطلان العقد الذي لا يتجاوب مع التطلب القانوني له مفعول حرمان الفريق المحمي من الأحكام التي تُسَنّ لصالحه. ويكفي لحرمان القانون من أي فعالية إبرام عقود تحوي اشتراطات غير قانونية عن تبصر.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 15 آذار 1983. بأن مدة ست سنوات لإيجار مزرعة في محافظات ما وراء البحار التي فرضتها المادة 2 من قانون 17 كانون الأول من 1963 كانت من الانتظام العام[4]، واستنتجت من ذلك أن البند المشترط عند إبرام العقد ـ الذي تجدد في هذه القضية ـ الذي بمقتضاه بإمكان المستأجر وضع نهاية للإيجار بعد السنوات الثلاث الأولى كان غير قانوني. وكان من الواجب إذاً الإعلان أنه غير خطي. وكان الحكم ملفتاً ذلك بأن المؤجر في القضية المعنية هو الذي يتمسك ببطلان البند المنازع فيه.

يتعلق الأمر إذاً ببطلان مطلق استناداً إلى قاعدة تعود إلى الانتظام العام للإدارة. بيد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن هذا التشريع كان يهدف بشكل أساسي إلى تحقيق إصلاح زراعي حقيقي في محافظات ما وراء البحار مما يهم التنظيم الاقتصادي والاجتماعي وكذلك الانتظام العام للإدارة.

---

(1) من المعروف أن قانون عام 1989 مرتبط بتغير الأكثرية السياسية. وقانون عام 1986 كان هو ذاته معللاً باعتبارات سياسية بشكل أساسي، وقانون عام 1982 خاضع للمنطق عينه. يبقى إذاً انتظار التغير التالي للأكثرية السياسية لمعرفة المدة الاحتمالية الجديدة لإيجارات الاستعمال السكني أو الاستعمال المختلط.

(2) المادة 3 من القانون رقم 88 ـ 18، تاريخ 5 كانون الثاني 1988، التي أضافت الفقرة 6 على المادة 2 من مرسوم 30 كانون الأول 1953.

(3) انظر تلاشي العقد.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 آذار 1983، النشرة المدنية، III، رقم 75، صفحة 60.

الفقرة 3 ـ القرائن

200 ـ مدة تنفيذ العقد تشترك بالضرورة في عقود التنفيذ المتعاقب أو التنفيذ المتدرج، في تحديد الحصة النسبية للتقديمات المتبادلة. يمكن إذاً الاستنتاج أنه ينبغي على الفريقين، من حيث المبدأ، أن يحددا مدة تعهدهما[1]. والمسألة غير مطروحة بالطبع في ما يتعلق بعقود التنفيذ الفوري.

على أن ثمة اتفاقيات عديدة لا تنص صراحة على مدة تنفيذها. وتفحص بعض الاشتراطات يتيح مع ذلك تحديد الطبيعة المحددة أو غير المحددة لمدة التعهد. وهكذا حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في قانون العمل، في 27 آذار 1991[2] «بأن محكمة الاستئناف التي بينت أن العقد كان يحوي بند عدول من قبل كل من الفريقين، قررت بصواب أن العقد كان لمدة غير محددة». وليس هذا الحل خاصاً بعقد العمل. وبالفعل طالما أن الفريقين لم يوردا مدة عقدهما وإنما عيّنا أن كلاً منهما بإمكانه وضع نهاية له في أي وقت، فهما في الحقيقة نصّا على حق أحادي الجانب في الفسخ وذلك من جوهر العقدة لمدة محددة[3].

غير أنه يمكن التساؤل، حيال صمت الفريقين، وفي غياب التّنظيم، عما إذا كان العقد يخالف المادة 1129 من القانون المدني التي بمقتضاها ينبغي أن يكون النصيب في الشيء قابلاً للتحديد على الأقل. وقد سبق أن رأينا أنه لا يمكن الادعاء، بصورة عامة، أن العقد لمدة غير محددة يؤدي إلى عدم تحديد الكميات الموعود بها بمعنى المادة 1129[4].

بإمكان القاضي، في غياب اشتراط صريح؛ تحديد مدة العقد بواسطة أنماط إثبات مماثلة[5]. وعليه أن يبحث عن طريق تفسير نية الفريقين المشتركة. وهكذا بإمكان القاضي الأخذ ـ بسيادة ـ بأن العقد الشفهي هو لمدة غير محددة[6] أو لمدة محددة[7]. إذن بإمكان المحاكم، تقليدياً، الرجوع إلى العناصر الموضوعية ولا سيما إلى العادات.

وقد نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 15 تشرين الأول 1985[8]

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 692، ورقم 693.

(2) النشرة المدنية، V، رقم 154، صفحة 96؛ 1992 ـ 3، R R J، صفحة 861، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU.

(3) إذا كان أحد المتعاقدين وحده يملك حق الإلغاء الأحادي الجانب يكون العقد باطلاً لأنه يكون أبدياً من جانب واحد وإرادياً.

(4) انظر الرقم 179 السابق.

(5) انظر على سبيل المثال؛ في مجال الإيجارات، النقض المدني في 15 كانون الأول 1911، يوميات الكتابة العدل، 1912، البند 30317، صفحة 215. انظر الرقم 202 اللاحق.

(6) النقض التجاري، 7 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 235.

(7) النقض التجاري، 13 حزيران 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 164، صفحة 140.

(8) النشرة المدنية I، رقم 259، صفحة 232.

حكماً أكد الطابع العمري لقرض لاستعمال قطعة أرض، بحجة أنه لم يكن من الممكن نقله إلى ورثة المستفيدين، «بدون البحث. . . عما كانت نية الفريقين المشتركة بالنسبة إلى مدة القرض».

وإذا بدا هذا التحديد مستحيلاً بإمكان القاضي، على ما يبدو، أن يحل محل الفريقين، وعليه الحكم ببطلان العقد. وفي الحالة المعاكسة يحدد بنفسه نصيب التقديمات. وقد حكمت محكمة النقض بأنه لا يمكن أن يكون ثمة إيجار سليم في حال عدم وجود اتفاق حول مدة العقد. ليس هناك إيجار ولا وعد بالإيجار ما دام لم يتم الاتفاق على أي بدل إيجار حتى لم يناقشه الفريقان وهما لم يتفحصا مدة الإيجار[1]. ويقتضي بيان أن محكمة النقض أوردت أنه لم يكن هناك أي سعر محدد، فالاتفاق كان إذاً غير تام على وجه الخصوص. وقد جرى تبني الحل أيضاً في عقود أخرى غير عقود الإيجار.

وأعلن وزير التجارة والحرفية، جواباً على سؤال خطي للنائب J-L.Masson، ان العقود الناشئة عن اقتراحات صادرة عن مؤسسات بيع كتب بالمراسلة، تتناول شراء المجلد الأول من مجموعة أو موسوعة بدون تحديد عدد المجلدات المعدة للشراء في النهاية، هي غير صحيحة. ولاحظ أنه لن يكون ثمة اتفاق على الثمن طالما أن البائع وحده يعرف مدة التعهد الذي التزم به الشاري في آونة توقيع العقد[2]. أن تأثير مدة العقد هنا في الثمن هو الذي يسوّغ الإبطال. بيد أن هذا الإبطال كان يمكن أن يكون مسوّغاً بصورة أصح بالرجوع إلى كمية المجلدات المباعة.

إن البطلان لعدم تحديد الموضوع والثمن يفرض بالأحرى عندما تكون مدة العقد، المبرمة ظاهرياً لمدة محددة، تتوقف في الواقع على الإرادة التعسفية للفريق الآخر[3].

ويأخذ القانون الوضعي، في غياب اشتراط المدة، استثنائياً بقرائن عدم التحديد. وهو يأخذ بصورة أعم بوجود آجال قابلة للتحديد.

I ـ قرائن عدم التحديد

201 ـ في قانون العمل[4].

حكمت محكمة النقض، في إطار قانون العمل، قبل قانون 3 كانون الثاني 1979[5] والأمر الاشتراعي في 5 شباط 1982[6] المعدل بالأمر الاشتراعي في 11 آب 1986، بأن

---

(1) النقض التجاري، 23 شباط 1967، النشرة المدنية، III، رقم 88، صفحة 84 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1962، النشرة المدنية، III، رقم 453، صفحة 388.

(2) الجريدة الرسمية، الجمعية الوطنية، 18 آب 1980.

(3) انظر الرقم 210، اللاحق وما يليه.

(4) انظر G.POULAIN, La distinction des contrats de travail à durée déterminée et indéterminée، أطروحة في L.G.D.J.، باريس، 1971، مقدمة H.SINAY.

(5) Dalloz 1979، صفحة 50.

(6) Dalloz 1982، صفحة 80.

«عقد العمل يعتبر مبرماً لمدة غير محددة، وعلى الفريق الذي يتمسك بالمدة المحددة للتعهد أن يثبت الكيفية التي أثارها»[1]. إنها أخذت إذاً بقرينة عدم التحديد. وليس من الأكيد أنه يمكن استنتاج مبدإ عام من هذا الحكم[2]، ما دام من الصحيح أن قانون العمل يتميز، بصورة عامة، عن القانون العام (droit commun) من أجل تأمين حماية الأجراء.

وفي سبيل هذا الهدف أصبح القانون الوضعي يحظّر، من حيث المبدأ، اللجوء إلى عقد العمل لمدة محددة.

كانت المادة L.1-122. من قانون العمل، في صياغتها الناجمة عن الأمر الاشتراعي رقم 86 ـ 948، تاريخ 11 آب 1986، تنص على أن «عقد العمل لمدة محددة يمكن إبرامه لتنفيذ مهمة معينة. ولا يمكن أن يكون موضوعه تأمين وظيفة مرتبطة دائماً بنشاط عادي ودائم للمؤسسة». وأضافت الفقرة 2: «يجب أن يحوي عقد العمل لمدة محددة، مع مراعاة أحكام المادة L.1.I-122، أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه». وعينت المادة L. 1-3-122 أن العقد، عند عدم وجود عقد خطي، يفترض أنه مبرم لمدة غير محددة، وكانت المادة L. 13-3-122 تنص على أن «كل عقد مبرم مع العلم بأحكام المواد L. 1-122 وL. I-I-122 وL.3-122 و11-3-122 و12-3-122 يعتبر لمدة غير محددة».

ثم عدل قانون 12 تموز 1990 من جديد شروط عقد العمل لمدة محددة ونظامه.

وتنص المادة L.1-122 من قانون العمل اليوم على أن «عقد العمل لمدة محددة لا يمكن أن يكون موضوعه تأمين وظيفة دائمة مرتبطة بالنشاط العادي والدائم للمؤسسة». وتضيف الفقرة 2: «مع مراعاة المادة L.2-122، لا يمكن أن يبرم إلاّ لتنفيذ مهمة معينة وموقتة وفي الحالات المعددة في المادة 122-1-1». وتعين المادة 122-1 أن «عقد العمل لمدة محددة ينبغي إثباته خطياً ويجب أن يتضمن التحديد الدقيق للدافع إليه، وإلاّ اعتبر معقوداً لمدة غير محددة. ويقتضي أن يحوى على وجه الخصوص. . . ـ تاريخ استحقاق الأجل وعند الاقتضاء بند تجديد عندما لا يتضمن أجلاً معيناً ـ المدة الدنيا التي أبرم بمقتضاها عندما لا يشتمل على أجل محدد».

وقد تم إكمال المادة L.3-13-122 الجديدة بإضافة أحكام جديدة على قائمة الأحكام التي يجعل التنكر لها العقد لمدة غير محددة ـ واليوم «كل عقد مبرم يتنكر لأحكام المواد L.1-122 وL.1-122 وL.2-1-122 وL.3-122 وL.1-3-122، الفقرة الأولى، وL.10-3-122، الفقرة الأولى و122-3-11 و122-3-12، يعتبر لمدة غير محددة».

---

(1) النقض الاجتماعي، 8 تموز 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة C.I.، 1943، IV، 184، القانون الاجتماعي، 1944، صفحة 34.

(2) على نقيض ذلك: J.AZÉMA، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 85، صفحة 66 وما يليها، الذي يستشهد أيضاً بحكم محكمة استئناف باريس في 14 شباط 1962، D.1962، 514، تعليق HÉMARD مبيناً هو نفسه أن المقصود هو حل ضمني.

وحدد الاجتهاد في ظل الأحكام الناجمة عن الأمر الاشتراعي بتاريخ 5 شباط 1982، أن عقد العمل، المبرم في أول كانون الثاني 1983 والذي ينص على تلاشيه مع تألية المهمة الموكولة إلى الأجير لا يتجاوب مع تطلب الدقة التي يفرضها القانون[1]. إن وجود أجل قابل للتحديد، في عرف الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، بسبب طبيعة المهمة المنوطة بالأجير، غير كافٍ لتمييز وجود عقد العمل لمدة محددة[2]، على عكس ما تمسك به الطعن. وكما كتب السيد Virassamy في أطروحته حول عقد التبعية، «عدم مراعاة الأحكام القانونية، ولا سيما تحرير مستند خطي وتحديد الأجل بدقة، نتيجته أن يؤدي إلى إنشاء قرينة عدم تحديد مدة العقد»[3].

وتجدر الملاحظة أن المادة L.-1-122، في صياغتها في عام 1982، تحدد صراحة أن المدة التامة للعقد يجب أن تحدد منذ إبرامه. وقد حذفت هذه الدقة بالأمر الاشتراعي لعام 1986. يمكن إذاً الشك في أن الحل الذي أخذ به الحكم المستشهد به يطبق أيضاً في ظل الأمر الاشتراعي لعام 1986. بيد أن محكمة النقض أخذت فقط لدعم قرارها بالرد، بأن الاتفاقية «لم تكن متوافقة مع تطلبات المادة 122 ـ 1 من قانون العمل التي تنص على أن العقد لمدة محددة ينبغي أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه»، بدون إبراز تطلب المدة التامة لتنفيذ العقد، ويبدو أن الحل الذي اعتمدته الغرفة الاجتماعية صحيح دائماً في ظل نصوص عام 1986[4].

وقد تم تفسير هذه الحلول بالأخذ بأن تحديد حق اللجوء إلى عقد العمل لمدة محددة وقرينة عدم التحديد[5] هما قاعدتان معدّتان لتأمين حماية فئة من المتعاقدين «في حالة تبعية

---

(1) النقض الاجتماعي في 19 حزيران 1987، النشرة المدنية، V، رقم 400، صفحة 253.

(2) قارن بالنقض المدني، 18 أيار 1909، Dalloz الدوري 1910، 1، 46، الذي حكم بأن العقد المبرم مع رب العمل، بسبب طبيعة العمل ـ على أساس القطعة ـ الذي قام به العامل، ينبغي أن يعتبر أنه ينتهي مع صنع كل كمية من السلع. في 8 شباط 1913 حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض: «بأن محكمة سين، والأمر يتعلق بأشغال قطع، حكمت بصواب أن هناك في القضية عقوداً متعاقبة وأشغالاً معدة للتحقيق» (Dalloz الدوري 1914، 1، 214).

(3) G.VIRASSAMY, Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique، أطروحة في باريس، L.G.D.J، 1986، مقدمة J.GHESTIN، رقم 269، صفحة 208.

(4) انظر حول وضع الاجتهاد المتعلق بوصف عقد العمل لمدة غير محددة بسبب الطبيعة الغامضة للأجل، قبل عام 1979، POULAIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 38 وما يليه، صفحة 31 وما يليها. وبعد دراسة شاملة للاجتهاد خلص المؤلف إلى أنه: «إذا تم إدخال أقل عدم تحديد، ولا سيما عن طريق إمكانية أحد الفريقين في استمرار العلاقات بعدم تدوم الأجل، أو عندما يكون لإرادة الفريق الآخر مفعول في الأجل، يجب أن يمحي الطابع المحدد. وهذا واضح على وجه الخصوص في حالة العقود المبرمة «لمدة أشغال الورشة»، وهي عقود يمكن فيها أن تتدخل إرادة المستخدِم، ويمكن للأجير فيها على الأخص الاحتفاظ بأمل البقاء في خدمة المؤسسة» (رقم 41، صفحة 35 وصفحة 36).

(5) انظر بالنسبة إلى تطبيق حديث، النقض الاجتماعي في 5 تشرين الثاني 1986، النشرة المدنية، V، رقم =

اقتصادية» حسب صيغة السيد Virassamy. وغياب اشتراط مدة معينة غير ممكن إلاّ في الحالات المبنية في المادة L.1-122 أي عندما يبرم العقد لتأمين مكان الأجير المتغيب أو الذي يكون عقده معلقاً، بالنسبة إلى وظائف ذات الطابع الفعلي أو وظائف في القطاع الذي ليس من العادة اللجوء فيه إلى عقد لمدة غير محددة، مع الملاحظة أن قائمة هذه القطاعات ينبغي أن توضع بمرسوم أو باتفاقية واسعة.

وينبغي اعتبار الحلول القديمة صحيحة أيضاً. وبالفعل تنص المادة 122 ـ 1 ـ 2 من قانون العمل الجديد على أن «عقد العمل لمدة محددة يجب أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه». وتعين المادة L.13-3-122 في صيغتها الجديدة أن عدم مراعاة هذا النص من شأنها اعتبار العقد مبرماً لمدة غير محددة[1].

وقد أخذ أحد المؤلفين[2] بأن اللجوء إلى عقد لمدة غير محددة ممنوع في الأوضاع الخاضعة لقانون 12 تموز 1990. ويبين بهذا المعنى أن اختيار المستخدم العقد لمدة غير محددة في هذه الفرضيات يتيح له، بالتحايل على القانون وعلى قصديته في حماية الأجراء، تجنب الأحكام الحامية الخاصة بعقد العمل لمدة محددة. ويضيف أن نهاية المهمة تشكل سبباً حقيقياً وجدياً لفسخ عقد العمل لمدة غير محددة مما يحرم الأجير من أي حماية حقيقية في نظام القانون العام (droit commun).

ويرتكز هذا التحليل في الحقيقة على التنكر لمماثلة الأجل القابل للتحديد بالأجل المحدد. فالأجير المستخدم لمهمة معينة يكون مستخدماً لمدة محددة تعادل أجلاً محدداً. وفي هذه الحالة إمّا أن يكون المستخدِم قد راعى الموجبات الناتجة عن قانون 2 تموز 1990 فيخضع لنظام هذا القانون، وإمّا أن لا يكون قد راعاها فيخضع كلياً للقانون العام للعقود لمدة غير محددة بدون أن يكون بإمكانه في أي شكل التذرع بأن العمل الموكول إلى الأجير

= 550، صفحة 416. انظر المادة L.10-3-122 (الأمر الاشتراعي في 11 آب 1986) من قانون العمل الذي يأخذ بما يلي: «إذا كانت العلاقة العقدية مستمرة بعد استحقاق أجل العقد، فإن هذا العقد يصبح عقد عمل لمدة غير محددة». انظر في شأن أحد التطبيقات، النقض الاجتماعي في 17 كانون الأول 1985، النشرة المدنية V، رقم 621، صفحة 452، وقد صدر الحكم استناداً إلى المادة 121 ـ L. 1 من قانون العمل، صياغة 3 كانون الثاني 1979 التي تنص على قاعدة مماثلة. قارن بالمادة 11 من القانون رقم 91 ـ 593 في 25 حزيران 1991، المتعلق بالوكلاء التجاريين التي تنص على تغيير عقد الوكيل التجاري لمدة محددة إلى عقد لمدة غير محددة عندما تكون العلاقات مستمرة بعد قدوم الأجل. انظر Lamy droit économique, concurrences، consommation distribution، 1988، تأليف G.CAS et R.BOUT، رقم 3101 ورقم 3140.

(1) انظر بالنسبة إلى تطبيق هذه الأحكام، حكم محكمة AIX، 12 كانون الثاني 1993، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، II، 2272، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU. انظر أيضاً حول الدور العقابي لإعادة الوصف، النقض الاجتماعي، 22 حزيران 1993، D.1993، صفحة 592، تعليق C.ROY-LOUSTAUNAU.

(2) E.WAGNER, Le recours avec contrats à durée déterminée est-il obligatoire ou facultatif ? les petites affiches 10 كانون الثاني 1991، صفحة 5 وما يليها.

قد تحقق. وبعبارة أخرى يرتكز اقتصاد القانون الجديد كلياً على إقامة نظام استثنائي حام وشكلي لعقد العمل لمدة محددة. وعقوبة عدم مراعاة شروط الأساس والشكل للقانون تجريدُ العقد من أهليته واعتباره لمدة غير محددة وخاضعاً كلياً لهذا النظام من القانون العام. ويغدو فرض نظام العقد لمدة محددة بصفة عقوبة، كما يقترح هذا المؤلف، مباشرة ضد إوالية المعاقبة التي أوجدها المشترع وهي بلا نزاع مجرد التجريد من الأهلية، ذلك بأن هذا التجريد ليس له دور إلاّ لصالح العقد لمدة غير محددة، وهو نظام من القانون العام، وإلزامي خارج استثناءات مقبولة تحت شروط الأساس والشكل التي فرضها قانون 12 تموز 1990 صراحة.

202 ـ في مدوّنة القانون المدني.

يأخذ بعض المؤلفين بقرينة عامة لعدم التحديد. ويبرهنون على ذلك انطلاقاً من قانون العمل[1]. ويتمسكون أيضاً بالحلول المقبولة في مجال الإيجارات ويضيفون أحياناً أن قرينة عدم التحديد يتم إثباتها استناداً إلى نظرية التجديد الضمني التي يكون العقد الجديد المجدد على هذا النحو بمقتضاها مفترضاً أنه بدون تحديد المدة[2]. ويقتضي بيان أن التمكن من طرح مبدإ عدم تحديد المدة لم يكن عن طريق الاستقراء.

ويقارن السيد Bischoff الذي يضع نفسه في حقل وصف العقد، في غياب اشتراط الأجل، العقد الموقت، أي الاتفاقية العرضية التي يمكن أن يتم العدول عنها بالاختيار، بالعقد لمدة غير محددة، ويقدر أن الأمر يتعلق، عندما لا يكون الفريقان قد حددا اتفاقيتهما في الزمان، بعقد لمدة غير محددة. وهكذا يخلص إلى ما يلي: «سكوت المتعاقدين عن وصف تعهدهما يقود بالتالي إلى اعتبار هذا التعهد انعقد نهائياً ولزمان غير محدد. ويفترض أن العقود المتعاقبة هي لمدة غير محددة»[3]. والأمثلة الوحيدة المقدمة ستخرجه دائماً من عقد إجارة الخدمات ومن عقد الإيجار.

إن الاستدلال معرّض للنقد. فالقانون العام للإيجار لا ينص على أي قرينة عدم تحديد المدة. وينبغي في أول الأمر بيان أن القانون المدني يفرق بين الإيجار الخطي والإيجار الشفهي. والاصطلاح المستعمل الذي كان موضع نقد[4] يجب تحديده بدقة. فالإيجار الخطي هو الإيجار الذي يحدد فيه الفريقان أجلاً، والإيجار الشفهي هو الذي لا يتضمن ذلك، على أنه يمكن أن يكون من الإسراف الاستنتاج من ذلك أن العقد الشفهي مفترض أنه

---

(1) H.ROLAND, Regards sur L'absence de terme extinctif dans les contrats successifs, Mélanges VOIRIN، صفحة 755 وما يليها.

(2) انظر الرقم 236 اللاحق.

(3) La protection des engagements temporaires, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel دراسات في القانون الخاص بإدارة P.DURAND، وتقدمه L.G.D.J، 1960، صفحة 115.

(4) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français الجزء X، الطبعة الثانية، تأليف J.HAMEL, Fr.GIVORD et A.TUNC L.G.D.J، 1956، رقم 624، صفحة 899.

لمدة غير محددة[1]. فالمادة 1736 من القانون المدني تنص على ما يلي: «إذا كان الإيجار بدون مستند خطي فلا يستطيع أحد الفريقين إخطار الفريق الآخر بالإخلاء إلاّ بمراعاة المهل المحددة لاستعمال الأماكن». وقد حكمت محكمة النقض، استناداً إلى هذا النص، بصورة واضحة تماماً «بأن مدة الإيجار الشفهي، أياً كان الثمن، سواء أكان ثمة بدء بيّنة خطية أم لا، لا يمكن إثباتها عن طريق الشهود ولا بالقرائن، وأن استعمال الأمكنة وحده يجب أن يكون صالحاً لتحديد هذه المدة[2]. وإرشاد هذا الحكم مزدوج.

إن النمط الوحيد للتحديد المقبول لمدة الإيجار هو عادة الأماكن[3] في أول الأمر. ثم ينتج عن هذا الاجتهاد أن الإيجار الشفهي لا يفترض أنه مبرم لمدة غير محددة. ويكون كذلك فقط إذا كانت العادة على هذا النحو. ويكون في الحالة المعاكسة لمدة محددة، وعلى وجه أصح لمدة قابلة للتحديد. والإخطار المسلم للمستأجر يجب، ليكون صحيحاً، أن يراعي مدة الإيجار المحددة وفقاً للعادات. والإخطار، في فرضية إيجار لمدة غير محددة، يمكن تسليمه في أي وقت ويبدأ مفعوله في التاريخ الذي يختاره المؤجر، شرط أن لا يتصرف عن سوء نية (المادة 1134 الفقرة 3). وفي فرضية الإيجار لمدة محددة لا يمكن للإخطار الذي يجب أن يسلم في تاريخ محدد بموجب العادات أن يسري مفعوله إلاّ عند انقضاء مدة العقد المحددة هي أيضاً بموجب العادات.

وفيما يتعلق بإيجار شقة مؤثثة يرجع القانون المدني كذلك إلى العادات. فالمادة 1758 تنص على ما يلي: «إذا لم يكن هناك تحقق من أن الإيجار لمدة معينة لسنوات أو أشهر أو أيام يفترض أن يكون الإيجار محدداً وفقاً للعادات». وقد جرى الأخذ، وإنما بدون تسويغ، بأن هذه المادة تنص على قرينة عدم التحديد[4]. وهذا النص في الحقيقة واضح تماماً. فمدة إيجار شقة مؤثثة تحددها العادة في الأماكن. فيمكن إذاً، حسب الحالات، أن تكون مدته لمدة محددة أو غير محددة.

يمكن أيضاً الاستخلاص، على عكس الرأي المنتشر بصورة واسعة، أن الأحكام المتعلقة بالإيجار الشفهي من القانون العام (المادتان 1736 و1758 من القانون المدني) لم تنص على قرينة عدم تحديد. على أنه من الصحيح بيان أن الغرفة الاجتماعية في محكمة

---

(1) على نقيض ذلك S.-C.GROSLIERE، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V الإيجار، رقم 541 - PLANIOL et RIPERT، تأليف J.HAMEL, Fr GIVORD et A.TUNC، المرجع عينه.

(2) النقض المدني في 24 شباط 1948، S.1949، 1، 108؛ D.1948، صفحة 29. وبالمعنى عينه 28 تموز 1908، D.1908، 1، 461؛ S.1909، 1، 381. قارن بالمادة القديمة الكتاب 1 من قانون العمل. «مدة إجارة الخدمات هي ما عدا إثبات اتفاقية معاكسة منظمة حسب عادات الأماكن». وقرينة عدم التحديد تسري في غياب العادة.

(3) لا تتعلق المادة 1716 من القانون المدني إلاّ بإثبات بدل الإيجار وليس مدته. انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 آذار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 54، صفحة 32.

(4) PLANIOL et RIPERT تأليف J.HAMEL, Fr.GIVORD et A.TUNC، المرجع عينه رقم 625، صفحة 901.

النقض، لتطبيق قانون أول أيلول 1948، حكمت «بأن التجديد الضمني، إلاّ أن يسوّغ أن الإيجار قد أبرم لفترات متعاقبة، يتم لمدة غير محددة وليس لمدة محددة بسنة»[1].

ولذلك جرى الطرح، من حيث المبدأ، أن إنشاء الإخطار كان خاصاً بالعقود لمدة غير محددة، وتم الاستنتاج من ذلك أن العقد الشفهي يجب أن يفترض لمدة غير محددة. ويلخص السيد Bischoff تماماً هذه الطريقة في الرؤية: «إن خاصية الإيجار لمدة محددة هي أن ينتهي بمجرد قدوم الأجل؛ فالإخطار هو مؤسسة متميزة للاتفاقيات لمدة غير محددة. يمكن إذاً القول إن المستأجر، في الواقع، عندما يكون ثمة شك في طبيعة الإيجار الذي يربط المؤجر بالمستأجر، جرت معاملته كما لو أنه أبرم إيجاراً لمدة غير محددة. وهذا الوصف الأخير هو الذي ينتصر[2]. بيد أن المؤلف، في بعض الصفحات اللاحقة[3]، يعترف بأن إوالية الإخطار ليست في تمانع مع التعهدات لمدة محددة، إذ يستخدم القانون الوضعي أحياناً هذه التقنية. وهذا هو الحال في مجال الإيجارات التجارية (المادة 5 والمادة 6 من مرسوم 30 أيلول 1953). وهكذا يفقد البرهان أي صلة بالموضوع على ما يبدو.

أما بالنسبة إلى التجديد الضمني فإن الاجتهاد يبين أنه ليس ثمة أي قرينة عامة لعدم التحديد منصوص عليها في مجال الإيجارات[4]. وفي ما يختص بالإيجارات المدنية التي تعود إلى القانون العام فإن المادة 1738 تنص على ما يلي: «إذا بقي المستأجر حائزاً أو ترك حائزاً عند انقضاء الإيجارات الخطية يتم إيجار جديد تنظم مفعوله المادة المتعلقة بالإيجارات غير الخطية». يبرم الإيجار الجديد إذاً لمدة تحدد وفقاً للعادات. والمادة 1959 هي أكثر وضوحاً: «إذا استمر مستأجر منزل أو شقة في تمتعه بعد انقضاء الإيجار الخطي بدون معارضة المؤجر يفترض أنه يشغلهما بالشروط عينها، بالنسبة إلى الأجل الذي تحدده عادات الأماكن، ولا يمكن إخراجه أو طرده إلاّ بعد إخطار يوجه حسب المهلة المحددة في عادات الأماكن».

هذا هو مدى الحكم الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 12 شباط 1985 وبمقتضاه «لا يمكن أن تؤثر اشتراطات الإيجار المنقضي في مدة الإيجار المجدد ضمنياً الذي ينتهي في الأجل المحدد في عادات الأماكن، وعليه فإن الحكم الذي يأخذ بأن

---

(1) النقض الاجتماعي في 5 أيار 1961، النشرة المدنية IV، رقم 468، صفحة 379.

(2) المذكور آنفاً، صفحة 119.

(3) المذكور سابقاً، صفحة 132 وما يليها.

(4) على نقيض ذلك: J.AZÉMA، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 298، صفحة 224 ـ PLANIOL et RIPERT، تأليف J.HAMÉL, Fr. GIVORD et A.TUNC، المرجع عينه، رقم 628، صفحة 906 ـ RIPERT et BOULANGER الجزء III، 1958، رقم 1762، صفحة 582 ـ JULLIOT DE LA MORANDIERE، الجزء III، الطبعة الثانية، موسوعة Dalloz، 1965، رقم 162، صفحة 8 ـ. J.C. GROSILIÈRE موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الإيجار، 1987، رقم 671 ـ J.M.BISCHOFF، صفحة 132. إضافة إلى G.DERRUPÉ، ملاحظة في مجلة القانون العقاري، 1482، صفحة 290 وما يليها حول حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 حزيران 1981 غير المنشور في الجريدة الرسمية.

الإيجار الذي يربط الفريقين تمدد بالتجديد الضمني وفقاً للقواعد التي تسوس التعهدات غير الخطية هو مسوّغ قانوناً بسبب التسويغ هذا وحده»[1]. محكمة الاستئناف إذاً طبقت بصواب المادة 1738 من القانون المدني. ولا يمكن الادعاء أن هذا الحكم أكد أن الإيجار الجديد كان مفترضاً لمدة غير محددة. إنه يؤيد فقط محكمة الاستئناف في أنها استندت إلى «الأجل المحدد في عادات الأماكن».

إن حكماً صدر في 29 أيار 1967[2] هو واضح بصورة خاصة. فقد جرى الأخذ بأن الإخطار وحده وليس التجديد يجب أن يحدد حسب العادات المحلية. ومحكمة النقض استبعدت وسيلة الدعم بحجة «أن محكمة الاستئناف. . . بعد أن أعلنت أن مدة الإيجار المجدد هي المدة الناتجة عن عادات الأماكن أوردت في هذه القضية «أن الإيجار الناتج عن التجديد الضمني مفعوله تأجير الشقة للدكتور Edelman سنوياً» وأن «الأرملة السيدة Penet، بتوجيه إخطار قبل سبعة أشهر، راعت العادة المعمول بها في مقاطعة Allevard والمدة بمقتضاها هي ثلاثة أشهر للإيجارات المعقودة لسنة»؛ وأن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، قررت بصواب إذ أجابت، لرد الطلبات التي تتمسك بادعاء مخالف، أن اشتراطات الإيجار الذي انقضى لا يمكن أن تؤثر في مدة التجديد الضمني التي حددتها بسنة». وهكذا أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف في أنها حددت مدة التمديد الضمني بالرجوع إلى عادات الأماكن وليس إلى اشتراطات الإيجار الأولي الذي انقضى. وذلك إدانة للفرضية التي ندرس بالإجماع بأن مدة الإيجار المجدد ضمناً مفترضة لمدة غير محددة بالضرورة.

على أن ثمة مسألة تطرح. لماذا يفرض القانون المدني تسليم المستأجر إخطاراً في حين أن الإيجار الشفهي الأولي أو المجدد ضمنياً يمكن أن يقترن بأجل؟ إن قدوم الأجل بالفعل، حتى ولو كان قابلاً للتحديد وحسب، ينبغي أن يكفي لأن ينقطع الإيجار بحكم القانون عن إنتاج مفاعيله[3].

ويمكن التقدير أن الإيجار يفترض أنه قابل للتجديد قانوناً. والشرط الضمني للتجديد مفترض، والإخطار، في هذه الرؤية، ليس سوى ممارسة المؤجر حق الاعتراض على التمديد. إنه يبدي إرادته في عدم متابعة تنفيذ الإيجار خارج آجاله.

إن هذا التحليل يبين أن مجرد منع تجديد عقد بالتمديد الضمني استناداً إلى تقنية الإخطار متجانس تماماً مع اشتراط أجل صريح أو ضمني. وتبين دراسة الإيجار من القانون العام أخيراً أن القانون المدني لم يضع قرينة عدم التحديد وليس من الصحيح أن ثمة قرينة عامة لعدم التحديد.

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1985، النشرة المدنية III، رقم 26، صفحة 19.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1967، النشرة المدنية، I، رقم 185، صفحة 135.

(3) انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 آذار 1972، النشرة المدنية، III، رقم 182، صفحة 130.

203 ـ في القانون التجاري

ينظم مرسوم 30 أيلول 1953 الأوضاع الناشئة عن التمديد الضمني والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى إبرام إيجار لمدة تساوي على الأكثر سنتين. إلاّ أنه «إذا بقي المستأجر حائزاً أو جرى تركه حائزاً، عند انقضاء هذه المدة، يتم إيجار جديد ينظم مفعوله هذا المرسوم»، أي أنه مبرم لمدة تسع سنوات، وقد طبقت محكمة النقض هذا النص في فرضيات كان العقد الأصلي ينص على مدة أقل من سنتين ويمدد للمدة عينها[1]. وعقد اتفاقية إشغال موقت تالٍ لفترة الإيجار الأولى ليس من شأنه منع التمديد الضمني الوارد في المادة 3 ـ 2[2]. وليس ثمة أي نص يتعارض مع أن يعدل المستأجر عن الاستفادة من التمديد الضمني المنظم شرعاً[3]. ويشاء الاجتهاد أن يجعل نفسه حامي مصالح المستأجر وفقاً لطابع القانون الذي يعود إلى النظام العام للحماية. وأياً كان شأن وجهة النظر هذه ينبغي أن يشار إلى أن المشترع نص صراحة على مهلة الإيجار المجدد ضمنياً.

وفي ما يتعلق بالإيجار التجاري «من القانون العام» تنص المادة 5، الفقرة 2، من مرسوم 30 أيلول 1953 غير الملغاة بقانون 12 أيار 1965[4] على ما يلي: «يتابع الإيجار الخطي، في حال عدم وجود إخطار، بالتمديد الضمني خارج المهلة التي حددها العقد، وفقاً للمادة 1738 من القانون المدني ومع التحفظات المنصوص عليها في الفقرة السابقة» (إخطار يسلم حسب العادات المحلية قبل ستة أشهر على الأقل). ويجب أن تكون مدة الإيجار المجدد، وفقاً للقانون العام، محددة وفقاً لعادة الأماكن.

على أن ذلك ليس الحل الذي اعتمدته محكمة النقض. فقد حكمت الغرفة التجارية في 7 تشرين الثاني 1963[5] «بأن هذه المدة في حال توافق الفريقين على مبدإ التجديد، ولم يكن النزاع قد تناول إلاّ مدة الإيجار الجديد، يجب أن تكون مساوية للمدة العقدية للإيجار المنقضي، بدون إمكانية تجاوز تسع سنوات[6]. وهذه القاعدة لا تطبق في حالة التمديد الضمني، إذ يكون الإيجار عند ذلك لمدة غير محددة». وفي 12 حزيران[7] و21 تشرين

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية III، رقم 345، صفحة 261 ـ 8 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 107.

(2) الغرفة المدنية الثالثة، 30 حزيران 1975، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 144.

(3) الغرفة المدنية الثالثة، 10 تموز 1973، النشرة المدنية، III، رقم 475، صفحة 346 ـ 20 شباط 1985، النشرة المدنية، III، رقم 30، صفحة 28.

(4) بهذا المعنى J.JOURDAN-LAFARGE et P.LAFARGE، موسوعة Dalloz، الفهرس المدني، الطبعة الثانية، V، الإيجارات التجارية، 1993، رقم 27.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 463، صفحة 388.

(6) المادة 7، في صيغتها السابقة لقانون 12 أيار 1965: «في حالة التجديد، ما عدا اتفاق الفريقين، يجب أن تكون مدة الإيجار الجديد مساوية للمدة العقدية للإيجار المنقضي ولا يمكن أن تكون أكثر من تسع سنوات».

(7) النشرة المدنية، III، رقم 250، صفحة 189.

الثاني 1974[1] أكدت الغرفة المدنية الثالثة من جديد المبدأ الذي بمقتضاه يجري التمديد الضمني لمدة غير محددة[2].

إنه حل مماثل للحل المعتمد لتطبيق المادة 7 من المرسوم في صيغته السابقة لقانون 12 أيار 1965 الذي ينظم تجديد الإيجار. وينبغي الافتراض أن المستأجر، عند انقضاء الإيجار الأصلي لتسع سنوات، قد تُرك حائزاً وبصورة لاحقة يسلم المؤجر إخطاراً مع عرض التجديد. فما هي إذاً مهلة الإيجار المجدد؟ حكمت محكمة النقض، لإفادة المستأجر من أطول مدة ممكنة (تسع سنوات كحد أقصى)، بأن الإيجار الممدد ضمنياً كان لمدة غير محددة ما دام ليس هناك أي شرط في الإيجار الأولي يحدد عدد فترات التمديد[3]. وهكذا كان بإمكان محكمة النقض أن تطبق بشكل توسعي القاعدة التي بمقتضاها، في حال تجديد إيجار تجاري لمدة غير محددة، تكون المدة العقدية للإيجار المنقضي التي تحدد مدة الإيجار الجديد المدة التي خلالها جرى تنفيذ الإيجار الشفهي بدون انقطاع الرباط العقدي، في حدود الحد الأدنى لتسع سنوات.

ولم تعد المسألة مطروحة اليوم طالما أن المادة 7 التي تحيل إلى المادة 3 ـ 1 تفرض مدة دنيا للإيجار المجدد هي تسع سنوات. ونقطة معرفة ما إذا كان العقد الممدد هو غير محدد أم لا لم تعد لها أي فائدة في ما يتعلق بتحديد مدة الإيجار المجدد.

على أنه لم يكن من غير المفيد إثارة الاجتهاد. كان مسوّغاً بشكل رئيسي باعتبارات الملاءمة. فمصلحة المستأجر تنقلب على مصلحة المؤجر. ويقتضي التشديد أيضاً على أن مصلحة المؤجر، من أجل تطبيق المادة 5 من المرسوم، هي التي، تناقضياً، كانت لها الحظوة عند محكمة النقض. وبالفعل، بالتقرير أن العقد المجدد ضمنياً هو لمدة غير محددة، بإمكان المؤجر وضع نهاية له في أي وقت شرط مراعاة قواعد الإخطار. ووضع المستأجر إذاً هو الذي يكون موقتاً، ويستمر تطبيق هذا الحل اليوم.

وينبغي أن نشير إلى حكم هام صدر في مجال عقود الامتياز الحاصر في البيع. فقد أخذت محكمة استئناف باريس في 28 نيسان 1983 بأن العقد الشفهي كان يربط السيد Pradler بشركة Seresel وأن هذا العقد يوصف بالامتياز الحصري. وكان السيد Pradler (مانح الامتياز) قد فسخ الاتفاقية. فطالب صاحب الامتياز بالعطل والضرر، فاستجابت المحكمة لهذا الطلب. وجرى نقض هذا الحكم بحجة «أن محكمة الاستئناف، بكونها لم

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 429، صفحة 330.

(2) كان السيد Azéma قد اقترح تحديد مدة الإيجار المجدد بتسع سنوات، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 175 ورقم 176، صفحة 136 وصفحة 137.

(3) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1964، النشرة المدنية III، رقم 231، صفحة 199 ـ 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، III، رقم 434، صفحة 397. إضافة إلى: الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 تموز 1960، النشرة المدنية III، رقم 286، صفحة 264 ـ قارن بالحلول المتبناة في السابق في قانون العمل، انظر G.POULAIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 98 وما يليه، صفحة 84 وما يليها.

تبحث عما إذا كان مانح الامتياز الذي كان يحق له وضع نهاية للعقد الشفهي لمنح الامتياز لمدة غير محددة بالضرورة لعدم اشتراط أجل قد راعى إخطاراً غير مفاجىء لكي يفسخ العقد، لم تعط حكمها الأساس القانوني»[1]. وينتج بوضوح عن هذا الحكم أن القاعدة هي أن العقد الشفهي بالامتياز الحصري بالبيع هو لمدة غير محددة، مما يسمح بالفسخ الأحادي الجانب شرط مراعاة مهلة الإخطار.

204 ـ ملاءمة قرينة عامة لعدم التحديد بحكم القانون الذي ينشد الفريق تطبيقه

عارض السيدان Azéma[2] وRoland[3]، اللذان أخذا بوجود قرينة عامة لعدم التحديد، قيمة قاعدة كهذه وملاءمتها.

وقد اندهش السيد Roland قائلاً: «أليس من الملفت ملاحظة أن قرينة عدم تحديد المدة، المؤكدة تقريباً على وجه الحصر في صدد عقد العمل وعقد الإيجار (هكذا)، قد هوجمت بعنف تماماً في أرضيتها وأن الاستثناءات التي يجيزها القانون أو العرف في هذا المجال عديدة بصورة شاذة»[4]. لقد سبق أن رأينا أن القاعدة المنتقدة لم تكن موجودة، والمسألة الوحيدة المطروحة هي مسألة معرفة ما إذا كان من الملائم، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، الأخذ بقرينة عدم تحديد ذات مدى عام.

ومن المناسب موضعة النقاش تجاه المبادىء الموجهة لقانون العقود. هل أن الأخذ بقرينة عدم التحديد مفيد ومتوافق مع العدالة العقدية؟ إن عدم تحديد المدة عنصر هشاشة العقد بسبب الإمكانية المتروكة لكل فريق في الفسخ من جانب واحد. ويخشى أن تحرم العقد من منفعته. ومما له مدلوله التحقق من أن قرينة عدم التحديد أخذ بها قانون العمل لأن القانون نظم فيه حق الفسخ بإعطاء عقد العمل لمدة غير محددة منفعة اجتماعية رؤي أنها تفوق منفعة العقد لمدة محددة. أفلا ينبغي أن نستنتج من ذلك أن طبيعة القرينة يجب أن تتحدد بالنظر إلى المفيد؟ يمكن اعتقاد ذلك. فالتنظيم السلطوي لمدة بعض العقود[5] يتوافق مع هذه الفكرة. ومن غير الملائم في هذه الرؤية طرح قرينة عامة لعدم التحديد. إن التفحص بحسب الفئات يتيح وحده اختيار طبيعة القرينة التي من الملائم الأخذ بها.

II ـ الآجال القابلة للتحديد

205 ـ يكفي في العقود لمدة محددة، كما رأينا[6]، أن يكون الأجل، مع أنه غير محدد بشكل يقيني، قابلاً للتحديد بدون اتفاق جديد للإرادتين، ما دام أنه غير خاضع

(1) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1984، النشرة المدنية IV، رقم 332، صفحة 270.
(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 84 وما يليه.
(3) المقالة المذكورة سابقاً.
(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 758.
(5) انظر الرقم 193 السابق وما يليه.
(6) انظر الرقم 200 السابق.

للإرادة التعسفية لأحد الفريقين. فالأمر يتعلق إذاً بأجل غير معين وإنما قابل للتحديد، وبالتالي محدد بخلاف الأجل غير المحدد.

وهكذا تشكل الوفاة أجلاً مسقطاً قابلاً للتحديد، كما كان للغرفة التجارية في محكمة النقض مناسبة الحكم بذلك في 28 تشرين الأول 1992[1].

كان السيد Deroubaix، عضو مجلس إدارة شركة SGCC، قد انقطع عن وظائفه ليتفرغ للشركتين SGC وUCSM، اللتين شغل فيهما منصب الرئيس في عام 1975. وقد ضمنت له شركة SGC الشروط الخاصة بالتقاعد المعطى للملاكات العليا للحركة التعاونية في الفرضية التي لا تستطيع فيها الشركتان التي سيمارس فيهما نشاطه تأمين هذه المنفعة. وعند إحالته على التقاعد كان يستحيل على الشركتين SGC وUCSM أن تدفع للسيد Deroubaix تقاعده، فطلب إلى شركة SGCC تنفيذ تعهدها فرفضت ذلك بحجة أنه بسبب «خطورة وضع الحركة التعاونية لم يكن في وسعها أن تدفع له تكملة التقاعد».

لم يأخذ قضاة الأساس بادعاء شركة SGCC وحكموا عليها بتنفيذ موجبها. وتمسك الطعن بأن هذا الموجب «يشكل تعهد تنفيذ متعاقب، والتقديمات مضمونة لمدة غير محددة طالما أنها تعطى طيلة حياة السيد Deroubaix، وعند الاقتضاء طيلة حياة زوجته، بحيث أن شركة GOC، تطبيقاً للمادة 1134، الفقرة 2 من القانون المدني، تتمتع، عدا إساءة الاستعمال استناداً إلى الفقرة 3 من النص عينه، بإمكانية فسخ الموجب من جانب واحد، وأن محكمة الاستئناف، بالتنكر لهذا الحق، انتهكت المادة 1134 من القانون المدني.

إن الغرفة الاجتماعية ردت سبب الدعم هذا بحجة «أن التعهد المحدد أجله بحدث يقيني، حتى ولو كان تاريخ تحققه مجهولاً، قد اتخذ لمدة محددة، ما دام أن هذا التحقق هو مستقل عن إرادة أحد الفريقين، وأن محكمة الاستئناف، في القضية الراهنة، بعد أن أبرزت أن المنفعة المعطاة يجب إعطاؤها للمستفيد طيلة حياته أو حتى وفاة زوجته الباقية على قيد الحياة بعده، أي حتى أجل يقيني لا يتوقف تحققه على إرادة أحد الفريقين، بالحكم بأن التعهد لم يكن من الممكن فسخه إلا برضا الفريقين المتبادل، قد سوّغت حكمها قانوناً».

كان الحدث اليقيني في هذه الحالة مكوّناً من وفاة الدائن بالموجب أو وفاة زوجته إذا بقيت على قيد الحياة بعد وفاته. ولا يهم أن يكون تاريخ الوفاة مجهولاً عند إبرام التعهد. إنه بالتالي حل مماثل تماماً للحل المعتمد في مادة الأجل الموقف الذي جرى تبنيه[2].

ويمكن، عند الاقتضاء، أن يكون هذا الأجل محدداً عن طريق تفسير إرادة الفريقين. ويمكن إكمال هذا التفسير بالإسناد إلى قرائن قانونية أو إلى قرائن من فعل الإنسان.

---

(1) النشرة المدنية، V، رقم 521، صفحة 329؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، 1، 3660، صفحة 130، ملاحظة M.BILLIAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 355 وصفحة 356، ملاحظة J.MESTRE؛ Dalloz 1993، صفحة 211 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBECQUE.

(2) انظر الرقم 162 السابق.

أ ـ القرائن القانونية

206 ـ سن المشترع في مجال الإيجار بعض قرائن المدة لتكون بديلة عن صمت الفريقين. ونحن هنا أمام إظهار «المدة المفيدة» للعقد. فإيجار المنقولات لتزيين المنزل «يفترض أنها لمدة عادية في إيجارات المنازل... حسب عادة الأمكنة» (المادة 1757). والمادة 1774 من القانون المدني التي لم تعد مطبقة إلاّ استثنائياً بسبب الانتظام العام للمزارعة وأجرة الأرض الزراعية، تأخذ بأن «الإيجار غير الخطي لعقار ريفي مفترض أنه للوقت الضروري لكي يجني المستأجر ثمار التركة المؤجرة كلها. وهكذا يفترض أن يكون إيجار الأرض الزراعية لأحد الحقول، أو الكرمة أو أي عقار آخر تجنى ثماره بكاملها خلال السنة، لمدة سنة. وإيجار الأراضي القابلة للفلاحة التي تنقسم حسب التربة أو الفصل يفترض أنه بعدد سنوات مساوٍ لعدد التّربات»[1].

وتنص المادة 1758 من القانون المدني على قرائن لمدة شقة مؤثثة تبعاً لمبلغ بدل الإيجار. وهكذا «يفترض الإيجار أن يكون لسنة عندما يعقد لسنة بكذا في الشهر، وعندما يعقد بكذا كل شهر، وباليوم عندما يكون بكذا كل يوم». وفي غياب تحديدات دقيقة «يفترض في الإيجار أن يكون حسب عادة الأمكنة». وهذا النص غير المطبق في إيجار فندق مؤثث لا يحوي أي أفضلية للقرائن وبإمكان قضاة الأساس الرجوع إلى عادة الأمكنة وظروف القضية لتحديد مدة الإيجار حتى ولو حدد الفريقان أن الإيجار بكذا كل سنة[2].

وينجم، في قانون التأمينات، عن التنسيق بين المادتين L-12-112 وL.15-113 (المادة 5 من قانون 13 تموز 1930) أن مدة العقد يجب أن تحدد في وثيقة التأمين وأن تذكر بأحرف ظاهرة جداً. وعدم ذكر المدة لا يعاقب بالبطلان[3]، وهذا ما عارضه السيد Azéma بحجة أن المدة عنصر أساسي في العقد ولا يعود إلى القاضي أن يحددها لأن عقد التأمين لمدة غير محددة ممنوع[4]. ويرى مؤلفون آخرون أن المعاقبة المناسبة تقضي بافتراض أن العقد بدون تحديد المدة هو مبرم لسنة، وهي المدة القصوى للتمديد الضمني (المادة L.15-113، الفقرة 2)[5]

---

(1) انظر J. AZÉMA, La durée des contrats successifs أطروحة في L.G.D.J مقدمة P.NERSON، 1969، رقم 171، صفحة 133 و 134. يبين هذا النص حسب المؤلف أن الإيجار الريفي لمدة غير محددة مستحيل.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 6 تشرين الثاني 1960، D.P.61، 170، I، D.P. 61.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1960، المجلة العامة للتأمينات البرية، 1961، الملاحظة A.B ـ 11 تموز 1963، النشرة المدنية I، رقم 385، صفحة 330، المجلة العامة للتأمينات البرية 1964، صفحة 334، الملاحظة A.B؛ D. 1963، صفحة 717؛ S. 1964، صفحة 10 ـ 14 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية I، رقم 280، صفحة 227؛ المجلة العامة للتأمينات البرية، 1980، صفحة 353؛ D.1980، الصفحة 517 من التقرير، ملاحظة G.-J. BERR et F. GROUTEL.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156، صفحة 122 وصفحة 123.

(5) M.PICARD et A.BESSON, Les assurances terrestres الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف L.G.D.J, A.BESSON، 1982، رقم 161.

ب ـ قرينة فعل الإنسان

207 ـ شرعية اللجوء إلى القرائن من فعل الإنسان.

كما لاحظ السيد Roland «من المعروف أن ثمة مكاناً للأجل غير المعين، إلى جانب الأجل اليقيني الذي يحوي استحقاقاً محدداً لقطع علاقة الموجب ومفعوله الفوري إعلان وصف العقد لمدة محددة، وبمقتضاه تكون العلاقة القانونية مرتبطة بحدث حصوله ضروري وتاريخ تحققه وحده مجهول». ويحدد أن الأمر يتعلق «بتنوع العقود لمدة محددة، فالعقود لمدة قابلة للتحديد التي تجر في حال عدم وجودها إلى معاملتها كعقود مبرمة بدون تحديد مدة وإلى إخضاعها لنظام الفسخ بإرادة أحادية الجانب، وتقاس في الوقت عينه خطورة الغلط المرتكب. ولا فرق، من زاوية الحل، أن ينسجم الاستحقاق مع تحديد زمني سلفاً أم لا ذلك بأن الأجل، بكونه يربط باتفاق مشترك استنفاد التنفيذ العقدي بحدث موضوعي لاحق، يرفع يد كل من المتعاقدين ـ منذ إبرام العقد ـ عن سلطة الرجوع إلى الإرادة السيدة لفرد واحد ليقرر تاريخاً آخر تنتهي فيه علاقة الموجب».

ويضيف هذا المؤلف «هكذا من المناسب أولاً بيان أن العديد من العقود، المقدمة أنها لمدة غير محددة، هي في الحقيقة موضوع أجل غير معين لا يولد وجوده عدم تحديد مطلق ولا عدم تحديد تام، وإنما مجرد قابلية تحديد المدة، وهي حالة وسيطة،حول المعيار الذي من غير المفيد التساؤل حوله»[1].

ويلاحظ السيد Azéma أن ثمة «تحديداً صريحاً عندما يعبر الفريقان، بطريقة أو بأخرى، عن إرادتهما في أن يحددا في الزمان علاقاتهما العقدية». وهو يفرق الحالة التي «يكون فيها المتعاقدان قد اشترطا أجلاً... تاريخاً... مدة معينة كنهار أو شهر، أو سنة، الخ...» عن الحالة التي «يكون فيها المتعاقدان قد اتفقا على إسناد، معين إلى حد ما، إلى عنصر من شأنه تحديد مدة اتفاقيتهما». ويضيف أن هذا التحديد غير المباشر «من شأنه أن يولد منازعة بالنسبة إلى وصف العقد، فهل يتعلق الأمر إذاً بعقد لمدة محددة؟». في عرف هذا المؤلف «يتوقف الجواب التأكيدي على تحقق شرطين، من جهة أولى يجب أن يكون الإسناد مختاراً بحيث أن مدة العقد لا تكون متروكة لتعسف أحد الفريقين، ومن جهة ثانية أن دقة معينة هي ضرورية»[2].

«غالباً ما تكون مدة العقد محددة بالإسناد إلى موضوعه... فالتحديد عن طريق الموضوع يشكل... تحديداً صريحاً، وإنما غير مباشر، كالتحديد الجاري بالإسناد إلى عقد آخر أو حدث خارجي. والمشترع نفسه يدعونا إلى البحث عن تحديد مدة العقد في

(1) H.ROLAND, Regards sur l'absence de terme extinctif, dans les contrats successifs, in Mélanges VOIRIN, 1966 صفحة 740 وصفحة 741.

(2) L.G.D.J مقدمة N.NERSON، صفحة 69، رقم 86.

موضوعه»[1]. والملاحظة وثيقة الصلة بالموضوع؛ وهكذا، بمقتضى المادة 1844 ـ 7 من القانون المدني «تنتهي الشركة: 1 ـ بانقضاء الزمن الذي تكونت من أجله، ما عدا التمديد الذي يتم وفقاً للمادة 1844 ـ 6؛ 2 ـ بتحقق موضوعها أو انقضائه...».

بيد أن تحديد مدة تنفيذ العقد يمكن أن يكون ضمنياً وحسب. إذن سنتفحص التحديد الصريح للأجل بالإسناد إلى موضوع العقد، ثم التحديد الضمني لمدة تنفيذ العقد.

1) التحديد الصريح للأجل بالإسناد إلى موضوع العقد

208 ـ يستدعي هذا التحديد تعييناً خاصاً للموضوع المعتبر إسناداً[2]. يضاف إلى ذلك، حسب السيد Azéma، أن «الإسناد ينبغي أن يكون مختاراً بحيث أن مدة العقد لا تكون متروكة لتعسف أحد الفريقين»[3].

209 ـ درجة تعيين الموضوع.

كتب السيد Azéma: «ثمة شرط يبدو لنا ضرورياً وإنما كافٍ: اليقين بأن الموضوع سيتحقق كلياً في المستقبل بحيث لا يكون الفريقان مرتبطين مدى الحياة... وجهل التاريخ الصحيح للإنجاز، بالمقابل، يبدو لنا بدون أهمية»[4]. ويضيف: «يُعرَّف الأجل غير المعين بالضبط بأنه أجل حدوثه يقيني وإنما تاريخه الصحيح مجهول. وعندما ترتبط الاتفاقية بأجل كهذا يبدو وصف العقد لمدة محددة غير منازع فيه، وبصورة أدق عندما يكون الإسناد إلى الموضوع، يبدو جهل التاريخ الصحيح للتحقق بدون أهمية»[5].

عدة أحكام صدرت جميعاً في مادة عقد العمل بدت مع ذلك أنها تخضع وصف العقد لمدة محددة لمعرفة التاريخ الصحيح لتحقق الموضوع، ولا سيما إنجاز الورشة أو العمل الفعلي[6]. غير أن وصف عقود العمل لمدة محددة يخضع لقرائن خاصة جداً طالما أن الأمر يتعلق بتقدير ما إذا كان نظام الانتظام العام الخاص بها يجب تطبيقه أم لا[7]. والتشريع الخاص في هذا المجال والنقاشات التي أفسح في المجال لها اليوم تكفي لبيان أن الحلول المعتمدة بالنسبة إلى عقد العمل لا يمكن أن تعمم على مجموعة الاتفاقيات.

إن وجود الأجل ذي التحقق الأكيد، حتى ولو كان تاريخه مجهولاً، يكفي لأن يجعل من اتفاقية ما عقداً لمدة محددة.

---

(1) J.AZÉMA, La durée des contrats successifs الأطروحة المذكورة سابقاً 1969، رقم 92، صفحة 73.

(2) انظر AZÉMA، المذكور سابقاً، رقم 92.

(3) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 86.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 92.

(5) J.AZÉMA، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 97.

(6) انظر J.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 490 وما يليه.

(7) انظر J.SAVATIER, La requalification des contrats à durée déterminée irreguliers القانون الاجتماعي، 1987، صفحة 407 وما يليها. انظر الرقم 201 السابق وما يليه.

«لكي يمكن اعتبار العقد اتفاقية لمدة محددة يجب أن يكون لدى الفريقين منذ إبرامه اليقين بتحقق هذا الموضوع، وانطلاقاً من ذلك اليقين من انقضاء مدة العقد.

لن يكون ثمة أي شك عندما يكون الموضوع معدّاً للتحقق في مستقبل قريب نسبياً بحيث أن الفريقين لم يتعهدا إلاّ لأجل قصير... إلاّ أن الحل ليس أقل يقيناً عندما يكون موضوع العقد بحيث أن مدة العلاقات ستكون أطول بكثير بوجه الاحتمال. ويبقى العقد لمدة محددة شرط أن تكون مهلة تحقق الموضوع أقل من حياة الفريقين المفترضة.

وهكذا جرى اعتبار الشركة التعاونية الزراعية المكوّنة للزمن الضروري لاستهلاك رأس المال المخصص لشراء المعدات (نقض بمناسبة عريضة في 27 كانون الثاني 1920، S.1920، الموجز، 1، 53)، والشركة المنشأة لاستثمار امتياز موقت (نقض بمناسبة عريضة في 7 شباط 1970، D.J.1870، 1، 303، انظر فهرس Dalloz، الشركات، v° الشركة، رقم 245)، عقدين لمدة محددة»[1].

وقد ردت محكمة النقض في 13 تموز 1968[2] الطعن المحال إليها إذ لاحظت ما يلي: «من حيث أن الاتفاقية الشفهية كانت تشكل في نية الفريقين التي تفسرها عادات جون Saint-Brieuc رابطة محاصّة مدتها هي بالضرورة مدة السفن التي تشكل موضوعها وليس شركة حقيقية... ومن حيث أن المحكمة الامبراطورية، في الظروف المتحقق منها، بإعلانها أن الأمر لا يتعلق بشركة طبقت عليها المادة 1869 من مدونة قوانين نابوليون... لأنها لم تكن محددة في مدتها؛ ..» لجأت إلى تطبيق صحيح للقانون.

إن الاتفاقية، عندما يكون موضوع العقد بحيث أنه يجب أن لا يتحقق إلاّ في مستقبل بعيد إلى درجة أنه يتجاوز المدة المحتملة لحياة الفريقين وحسب، تعتبر لمدة غير محددة[3]، أو كذلك بسبب الطابع غير القابل للاستنفاد للموضوع[4]. بيد أننا رأينا الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض ينزع إلى حدّ المهلة التي تترك فيها مدة الموضوع للاتفاقية وصف العقد لمدة محددة بدون أن تجعل منها اتفاقية أبدية محظرة[5].

وقد جرى تطبيق هذه المبادىء في نزاع يواجه مجموعتين صناعيتين. والحكم الصادر

---

(1) J.AZÉMA، المذكور سابقاً، رقم 93.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 13 تموز 1868، Dalloz 1969، 1، 137.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول حزيران 1859، S. 1861، 1، 113، تعليق PONT، بالنسبة إلى شركة تكوّنت لمدة استثمار منجم.

(4) انظر حكم محكمة استئناف ليون، 13 كانون الثاني 1943، D.C.1944، 34، تعليق PIC، في صدد رابطة محاصة منشأة لاستثمار منبغان (أي حَرَجَة أشجارها فراخٌ نمت على أرومات الأشجار القديمة المقطوعة) غابة منظمة في شكل عشرين قطع بحيث ينبغي أن يكون هناك دائماً مُنَيغة عمرها عشرون سنة قابلة للقطع كل سنة وتعطي الموضوع طابع عدم الاستنفاد.

(5) انظر الرقم 184 السابق.

في 23 تموز 1987[1] يتضمن[2] أسباب التسويغ التالية: «من حيث أن الفريقين، في الحالة الراهنة، اتفقا تماماً على أجل للعقد المنازع فيه هو نهاية حياة مشغل السيد P. . .، وأن الأمر يتعلق بلا ريب بأجل غير معين (مما لا يكفي لجعل مدة العقد غير قابلة للتحديد)، وإنما ينبغي التفكير طبيعياً في أنه سيحدث يوماً ما.

ومن حيث أن المدعى عليهن تتمسكن، وهذا صحيح، بأن مدة حياة تجهيز صناعي، خلافاً لمدة الحياة البشرية التي تنتهي في أجل غير معين بالنسبة إلى تاريخها، وإنما أكيد بالنسبة إلى حدوثها، يمكن أن تمتد إلى ما لا نهاية له عن طريق الإصلاحات والإتقان والتحولات الاحتمالية التي تتيح استمرار التشغيل أياً كان القِدم والتكيّف مع التطور التقنوي وأنه على الأكثر، في الحالة الراهنة، مع أن التجهيز يعود للسيد B. . .، بمقدار ثلث العقد المنازع فيه، كان الاتفاق بين B. . . وR. . . أن تساهم هذه الأخيرة في التوظيف الضروري للصيانة، مما ينتج عنه أن المدعى عليهن كانت لهن الإمكانية الإرادية في مد عمل هذا التجهيز إلى ما لا نهاية له.

ومن حيث أن هذه الفرضية في طابعها المطلق لا يمكن أن تزدهر، وأنه ستأتي آونة يكون فيها مفعول الإتقان والتحولات التي يتم اللجوء إليها بالنسبة إلى التجهيز الصناعي أن تجعله يزول في بنيته وجوهره الأولين واستبدال تجهيز جديد به، وأنه من غير الصحيح من جهة ثانية، أن R. . . تتمتع بإمكانية إرادية صرف في إطالة حياة التجهيز إلى ما لا نهاية له ما دام أن التوظيفات الضرورية للتوصل إلى هذه النتيجة ـ على افتراض أن ذلك ممكن ـ تتطلب موافقة مالك التجهيز ومساهمته المالية.

ومن حيث أن التحليل الذي قدمته المدعى عليهن، على الأكثر، لا يأخذ في الحسبان مظهراً آخر للتطور التقنوي والاقتصادي الذي من شأنه أن يؤدي إلى إعفاء التجهيز الصناعي نهائياً، وأن نتيجة هذا التطور لم تكن بالضرورة أن الوسائل التقنية لصنع المنتوج الحاصل في التجهيز موضوع البحث قد تعدلت في وقت معين وحسب، وإنما المنتوج ذاته محكوم عليه لأنه جرى استبدال منتوج آخر به يقوم بالوظائف عينها وفي مرتبة أعلى تقنياً واقتصادياً.

ومن حيث أنه لا يمكن القول، بصورة مطلقة، إن مدة حياة تجهيز صناعي يمكن أن تطول إلى ما لا نهاية له، وأن موجباً مدته مساوية لها هو بالتالي لأجل غير معين وحسب وإنما معدوم».

إن الإسناد إلى مدة استثمار مشغل معين يستكمل بلا جدال أجلاً محدداً، حتى ولو كانت نهاية هذا الاستثمار من المتعذر معرفتها في آونة تحديد هذا الأجل. وحدوثه في مدة معقولة أكيد في الواقع.

---

(1) مجمع تحكيمي مؤلف من السادة Berthold GOLDMAN, Roger MARTIN et Paul DIDIER.

(2) الصفحات 17 إلى 20.

210 ـ ينبغي أن لا يترك تحديد الأجل لتعسف أحد الفريقين.

حسب السيد Azéma «يعرّف العقد لمدة محددة بأنه «العقد الذي يحدد استحقاقه بحدث مستقبلي أكيد، ولا يتوقف تحققه حصراً على إرادة الفريقين» (Durand et Vitu، II، رقم 173)»[1]، ويبين هذا المؤلف ما يلي: «لنذكّر بأن تحقق الأجل ينبغي أن لا يتوقف حصراً على إرادة أحد الفريقين»[2].

وبالفعل يقتضي، لكي يسوّغ وجود الأجل وصف العقد لمدة محددة، أن يشكل هذا الأجل حقيقة موضوع اتفاق ملزم للفريقين، وإلاّ لن يكون هناك سوى أجل وهمي بحيث أن العقد يكون في الحقيقة لمدة غير محددة أو يخشى أن يقع في تحظير التعهدات الأبدية[3] أو البطلان لعدم تحديد الثمن أو الموضوع المبني على المادة 29 من القانون المدني[4]. وهذا الطرح يتحقق على صعيد تحديد الموضوع والشرط الإرادي وعلى صعيد الأجل ذاته.

211 ـ على صعيد تحديد الموضوع.

حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 19 حزيران 1987[5] «بأنه في وضع أحكام عقد عمل ينص على انقضائه بتألية المهمة الموكولة» إلى الأجير «أخذ مجلس العمل التحكيمي بصواب أن هذه الاتفاقية لا تتجاوب مع متطلبات المادة L.1-122 من قانون العمل التي تنص على أن العقد لمدة محددة ينبغي أن يتضمن أجلاً محدداً بدقة منذ إبرامه»، بيد أننا رأينا أن رقابة وصف العقد لمدة محددة كان لها في قانون العمل مدلول خاص بسبب نظام الاستثناء الذي تخضع له هذه العقود[6]. ولتحديد مدة العقد في هذا المجال مدى ليس مدى القانون العام، ولو لم يكن ذلك إلاّ بسبب نصوص خاصة تسوس هذه الفئة من العقود وتحدد تعريفها. والحلول المتعلقة بعقد العمل ليست إذاً قابلة للتعميم.

وقد صدر، في مادة الإيجار، حكم للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض. في 31 تشرين الأول 1962[7] بيَّن أنه «لم يكن هناك أي ثمن متفق عليه على الإطلاق أو جرى التطرق إليه وبالتالي لا يمكن أن يكون هناك إيجار ولا وعد بالإيجار». وقضى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 23 شباط 1967[8] بأن قضاة الاستئناف لم يشوّهوا كتاباً

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً،رقم 84.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 89.

(3) انظر الرقم 192، السابق.

(4) انظر الرقم 200 السابق.

(5) النشرة المدنية، V، رقم 400، صفحة 253.

(6) انظر الرقم 201 السابق.

(7) النشرة المدنية I، رقم 453، صفحة 388.

(8) النشرة المدنية، III، رقم 58، صفحة 84؛ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 543، صفحة 443 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 آذار 1976، يوميات الكتابة العدل، 1977، 1314، ملاحظة J.V. انظر حول أهمية العنصر الزمني بالنسبة إلى =

جعل عدم دقته تفسيره ضرورياً بالتقرير «انه لم يكن، في القضية الراهنة، أي إيجار أو وعد بالإيجار لعدم الاتفاق على المدة والثمن». ويظهر واقع عدم تحديد مدة الإيجار في هذه الأحكام، إلى جانب غياب الثمن، كمؤشر لغياب توافق الإرادتين الكافي لنشأة العقد.ولم يؤخذ بأن لمدة العقد بحد ذاتها مدى كهذا. ويكون ذلك مفهوماً إذا أخذنا في الحسبان السلطات التي أناطها المشترع بالقاضي في هذا الشأن[1].

وقد حكمت محكمة استئناف باريس، في 10 تموز 1986[2] «بأن مدة الإيجار من الباطن، بسبب التطور السريع للتقانة المعلوماتية، لم تكن قابلة للفصل عن توازنه المالي، وأن البند المتعلق بإعادة وضع المعدات في نهاية الفترة المحددة لدى شخص ثالث تختاره باستنساب تام SISTEM. . . يجعلُ مدة العقد مع ذلك، وبالتالي ثمن العملية متوقفين على إرادة الشركة المؤجرة وحدها، وأنه ينجم عن ذلك أن الحصة النسبية للشيء، بمعنى المادة 1129، لا يمكن أن تكون محددة، وأن العقد بالتالي باطل». . . وبإخضاع الإمكانية الممنوحة في العقد للمستأجر في وضع نهاية للعقد في أجل مدة محددة لإعادة وضع الشيء لدى شخص ثالث المتوقف على إرادة المؤجر وحدها، يحتفظ هذا المؤجر بحرية تمديد مدة العقد وزيادة ثمن العملية، مما يسوّغ إبطال الإيجار تطبيقاً للمادة 1129.

إن ما يسوّغ بطلان الإيجار في هذه الحالة، تطبيقاً للمادة 1129 من القانون المدني، كان تأثير مدته في بدل الإيجار، وفي الدرجة الثانية واقع أن هذه المدة كانت هي نفسها في تبعية الإرادة التعسفية لأحد الفريقين التي كانت تسوّغ التحقق من أن أي أجل ملزم لم يكن موجوداً في الحقيقة.

إلا أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض رفضت، في 30 تشرين الثاني 1983[3]، اعتبار إيجار أبدياً، وقد تبنت في الوقت عينه طابعه المحدد، في حين أن المالك تعهد «بتجديد الإيجار بتمديد ضمني طالما يرغب المستأجرون وأولادهم في الاستمرار في إشغال العقار. . .». وقد حكمت «بأن الإيجار وأجله وفاة المستأجرين أو أولادهم لا يمكن أن يعتبر أبدياً». ومن المهم التعليق أن مدة العقد كانت تتوقف على رغبة المستأجرين وحدها، وبتعبير آخر على إرادتهم وحدها.

وفي أي حال، ووفقاً للحلول المبنية عموماً على المادة 1129 من القانون المدني، في شأن عدم تحديد الثمن، يمكن إعلان البطلان عندما يتوقف هذا التحديد على إرادة أحد

= محكمة النقض، Ph.RÉMY، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 99.

(1) انظر المادة 285 ـ 1 من القانون المدني التي تعطي القاضي سلطة تحديد مدة الإيجار المفروضة على أحد الزوجين بعد الطلاق لصالح الفريق الآخر، المادة 31، الفقرة 2 من مرسوم 30 أيلول 1953 حول الإيجارات التجارية.

(2) محكمة استئناف باريس، الغرفة 25، القسم A: Le Continent ضد SISTEM و Citicorp Location France، حكم غير منشور.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 189.

افريقين التعسفية فقط[1]. ومن باب أولى أن واقعة كون الأجل يتوقف على إرادة أحد الفريقين التعسفية وحدها يمكن أن تقود إلى استبعاد الطابع الملزم لهذا الأجل. ويظهر ذلك أكثر دلالة على صعيد الشرط الإرادي.

212 ـ على صعيد الشرط الإرادي.

استنتجت الغرفة المدنية في محكمة النقض من أن المادة 1174 من القانون التي تنص على أن «أي موجب هو باطل عندما يبرم على أساس شرط إرادي من قبل من يلتزم» والتي لا تعاقب، من حيث المبدأ، إلاّ في حال عدم وجود الرضا الحقيقي المعارض لتكوين العقد، أن إمكانية تحقق العقد لمدة محددة لا يمكن الأخذ بها بالنسبة إلى شرط إرادي[2]. بيد أن الاجتهاد لا يتردد اليوم في استبعاد هذا الحل المبدئي وفي التحقق مما إذا كان الفسخ المسبق «كان يشكل حقاً أحادي الجانب متروكاً لإرادة المدين التعسفية وخاضعا للمادة 1174 من القانون المدني»[3].

على أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض استبعدت في 16 كانون الثاني 1974[4]، تطبيق المادة 1170 إذ لاحظت أن الشرط المتعلق بمدة الاتفاقية لم يكن شرطاً بمعنى المادة 1168 من القانون المدني.

والتحظير لا يستهدف إلاّ الموجبات الخاضعة لإرادة المدين. أما الموجبات الخاضعة لإرادة الدائن فلا يمكن إبطالها[5]. والاجتهاد مستقر في هذا الاتجاه.

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 731 وما يليه، والاجتهاد المستشهد به.

(2) النقض المدني في 2 أيار 1900، Dalloz 1900، 1، 392، Sirey 1901، 1، 217، تعليق WAHL. انظر H.L.J.MAZEAUD، الموجبات، الطبعة الرابعة، تأليف M.DE JUGLARD، صفحة 719، الذي يؤيد هذا الحل.

(3) النقض الاجتماعي، 28 تشرين الأول 1963، النشرة المدنية، IV، رقم 739، صفحة 615. 9 تشرين الثاني 1961، النشرة المدنية، IV، رقم 923، صفحة 731 ـ النقض التجاري في 28 حزيران 1965، النشرة المدنية، III، رقم 405، صفحة 370.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 22، صفحة 18.

(5) انظر في هذا الاتجاه AUBRY et RAU، الفقرة 302، النص والتعليق رقم 29 ـ. MARTY, RAYNAUD et JESTAZ, Obligations, الجزء 2 ـ النظام، الطبعة الثانية، رقم 76 ـ J.CARBONNIER, Obligations، الطبعة السابعة عشرة، الفقرة 135 ـ TERRÉ SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 1125 ـ THEODORESCO, La théorie de la condition potestative dans les contrats à titre néreux، أطروحة في باريس، 1923، صفحة 17 و 72؛ وما يليه ـ VERDIER, les droits eventuels, contribution à l'étude de la formation successive des droits أطروحة في باريس، 1955، رقم 335 ـ النقض بمناسبة عريضة في 11 آذار 1879، D.P. 1981، 1، 134 ـ تشرين كانون الثاني 1868 ـ D.P. 1868، 1، 160 ـ 10 كانون الأول 1883، D.P. 1884، 1، 134، 8 كانون الثاني 1895، 1، D. 1895، 287 ـ 19 شباط 1895، D.P. 1895، 1، 168 ـ 27 نيسان 1895، D.P. 1859 1، 318 ـ النقض المدني، 2 تموز 1839، D.P.1839، 1، 355 ـ 4، 1، تموز 1869، D.P.1869، 1، 346 ـ 25 تشرين الثاني 1846، D.P. 1847، 1، 34، طلبات المحامي العام DESJARDINS؛ S.1897، 1، 76 ـ الغرفة المدنية الأولى في =

ويكفي التذكير هنا بالحلول الصادرة في صدد دراسة الشرط[1]. فالتعهد قابل للإبطال عندما يكون خاضعاً لقرار المدين التعسفي؛ وهو قابل للإبطال أيضاً عندما يكون خاضعاً لعمل يخضع لإرادة المدين التعسفية. والأمر على هذا النحو عندما يكون العمل بدون نتائج حقيقية بالنسبة إلى المدين أو عندما يتعلق الأمر بعمل غير قابل للرقابة الموضوعية في آونة تنفيذه.

213 ـ على صعيد الأجل نفسه

إن المسألة تقليدية بالنسبة إلى الأجل المعلق (أو الموقف)[2]. فالمادة 1901 تتيح للقاضي تحديد تاريخ الدفع[3]، على اعتبار أن الاستحقاق يؤجل أحياناً إلى حين وفاة المدين[4]. والأمر على هذا النحو، على وجه الخصوص، عندما يكون المدين قد تعهد بالدفع في اليوم الذي يتفرغ فيه عن مؤسسته التجارية[5]. ولا يعتبر الحدث شرطاً وإنما هو موجب يبقى تاريخ تنفيذه فقط غير محدد. إن كيفية تنفيذ كهذه لا يمكن أن تكون شرطاً إرادياً للسبب الكافي بأنها ليست شرطاً وإنما هي أجل غير معين.

وهذه الطريقة في الاستدلال يمكن، على ما يبدو، أن تطبق لذاتية أسباب تسويغ الأجل المسقط.

ومنذ اللحظة التي يتفق فيها الفريقان على أجل يحدد مدة موجباتهما المتبادلة يتيح المبدأ الذي بمقتضاه يجب أن تنفذ العقود بحسن نية للقاضي تحديد الآونة المعينة التي تنتهي فيها الاتفاقية. وتسديد المبلغ المستحق من قبل المقترض، في شأن القرض في الدفع المنصوص عليه في المادة 1901 من القانون المدني، يرسم نهاية العقد تماماً. والسماح للقاضي بتحديد تاريخ هذا التسديد يعني إذاً السماح له بحل العملية القانونية الجارية التنفيذ طالما أن المقرض سبق له، بالتعريف، أن نفذ تقديمه.

= محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1963، النشرة المدنية، I، رقم 23 صفحة 21 ـ النقض التجاري في 11 آذار 1968، النشرة المدنية IV، رقم 101، صفحة 88 ـ محكمة Douai، 19 كانون الثاني 1974، Llyod Continental ضد .R.F.A حكم غير منشور ـ محكمة باريس، 28 أيار 1974، D.1974، 1، 685، طلبات المحامي العام CABANNES ـ محكمة أورليون، 8 حزيران 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، IV، 233؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II, N، صفحة 160.

(1) J.GHESTIN, La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 Code civil - Mélanges WEILL 1983، صفحة 243 وما يليها.

(2) انظر الرقم 162 السابق.

(3) النقض المدني في 21 آب 1850، 1، 344؛ S.1850، 1، 723 ـ محكمة Aix، 11 حزيران 1872، Sirey 1874، 1، 127 ـ محكمة باريس، 19 تشرين الثاني 1912؛ D.1913، 2، 126.؛Sirey 1915، 2، 60. وعلى نقيض ذلك محكمة شامبيري، 13 كانون الأول 1897، D.1900، 2، 213.

(4) محكمة استئناف باريس، 11 أيار 1857، S.1858، 2، 425 ـ عريضة 31 كانون الأول 1834، S. 1835، 1، 525 ـ محكمة استئناف نانسي، 20 تشرين الثاني 1920، مجلة قصر العدل، 1921، 1، 414.

(5) محكمة استئناف مونبلييه، 15 شباط 1953، مجلة قصر العدل، 1953، 1، 314.

2) التحديد الضمني لمدة تنفيذ العقد:

214 ـ يمكن تحديد مدة العقد بشكل ضمني إمّا بالإسناد إلى عناصر معبّر عنها في العقد، أي داخلية، وإمّا بالإسناد إلى عناصر خارجية عن هذا العقد.

وينبغي كذلك أن لا يكون القانون قد فرض صراحة على الفريقين تحديد مدة تعهدهما. وهكذا حكمت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 19 من القانون رقم 64 ـ 678، تاريخ 6 تموز 1964، الذي ينزع إلى تحديد مبادىء النظام العقدي في الزراعة وكيفياته، في 29 شباط 1984[1] «بأن بنود عقود الاندماج يجب، تحت طائلة البطلان، أن تذكر شروط المدة والتجديد وإعادة النظر والفسخ». ونقضت بنتيجة ذلك حكم محكمة استئناف تولوز التي أخذت بأن «الشروط المتعلقة بمدة العقود تنجم بالضرورة، ولو ضمنياً، عن طابعها المتعاقب لمدة محددة».

أ) الإسناد إلى عناصر داخلية:

215 ـ اللجوء إلى مفهوم السبب

التحديد الداخلي هو التحديد الناتج عن بعض عناصر العقد ذاته، عن بعض «المستندات الخطية للإوالية العقدية» وكذلك كما بين ذلك تماماً السيد Roland»[2]. «ينبغي بداهة البحث عن تحديد ضمني محتمل في سبب العقد، في سبب الاتفاق»[3].

وبالفعل كتب السيد Roland: «السبب. . . يمكن أن يصلح كعامل حاسم لتحديد المدة. . . ويلاحظ ذلك في مادة الإيداع مثلاً. . . حتى المؤلفون الذين يميلون إلى حرية الوديع في التملص يعترفون بأن الظروف التي جرى الإيداع فيها قابلة لمنع الوديع من التنصل من موجبه بسلطانه الخاص في الوقت الذي يختاره. وقد حكمت المحكمة البدائية في سين في صورة أصرح أيضاً بأن الوديع ملزم بتأمين حفظ الشيء خلال الوقت الذي يكون فيه المودع في حاجة إليه (28 حزيران 1961، D.1862، الصفحة 10 من الموجز). وهذا يعني التعبير عن الفكرة في أن علّة وجود العقد تتيح رفع عدم اليقين بالنسبة إلى استمرار العلاقة العقدية. وحسب المادة 1888 من القانون المدني «لا يستطيع المقرض سحب الشيء الذي جرى اقتراضه إلاّ بعد الأجل المتفق عليه أو، في حال عدم وجود اتفاقية، بعد أن يكون الشيء قد أدى الاستعمال الذي من أجله جرى الاقتراض». والمشترع هنا أخذ بالإسناد إلى مفهوم السبب الدافع بصراحة: مع أن يوم الرد لم يحدد فذلك لا يعني أن القرض مجرد من

---

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، II، 20344، تعليق J.PRÉVAULT.

(2) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102. انظر أيضاً بالنسبة إلى تحليل مشابه B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، الأرقام II إلى 43 وما يليها، صفحة 163 وما يليها.

(3) J.AZÉMA الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 103.

أجل مسقط؛ وللمستعير الحق في استعمال الشيء إلى أن يتحقق الهدف الذي من أجله أبرم العقد[1].

«وهكذا، في حال عدم وجود تحديد صريح، يمكن مع ذلك اعتبار عارية الاستعمال عقداً لمدة محددة. وسيحدد استعمال الشيء الذي هو سبب الإعارة مدة الإعارة إذا لم يتفق الفريقان على أي أجل. وعارية الاستعمال لن تكون لمدة محددة إلاّ عندما يكون الشيء المعار لاستعمال دائم أو قابل للتجديد، ويستطيع المعير عند ذلك استعادة الشيء حسب رغبته»[2].

«ونجد لدى Pothier الفكرة التي بمقتضاها يجدد إيجار الأشياء المنقولة في مدته بالهدف الذي أدى إلى عقده... وتفحص Baudry - Lacantinerie الحل عينه وكتب بصراحة: «مدة إيجارات المنقولات عندما لا تكون متفقاً عليها صراحة هي قبل كل شيء محددة بهدف الإيجار» BAUDRY-LACANTINERIE، XVIII، رقم 931) GUILLOUARD، II، رقم 681. انظر محكمة التجارة في سين، 18 أيلول 1894، مجلة قصر العدل، 1894، 2، 406، بالنسبة إلى مدير مسرح تجزئة مسرح)[3].

وحكمت محكمة استئناف باريس، في 29 تشرين الأول 1965[4]، في مادة الوكالة، بأن «هاجس القانون في أن لا يفرض على الرئيس المدير العام معاوناً في الأعمال المسؤول عنها في حين أنه لم يختره هو، يستدعي بأن تكون الوكالة التي يوافق مجلس الإدارة على تزويد المدير العام المساعد بها محددة بمدة وظائف المدير العام الذي قدمه بنفسه، وأن التعداد الوارد في المادة 2003 من القانون المدني لمختلف المواد التي تكملها إحدى الوكالات ليس تحديدياً على الإطلاق، على عكس ما ذهب إليه Brefort، وأن الوكالة يمكن أن تقترن بكيفيات مختلفة ولا سيما بشرط فاسخ أو أجل يقيني أو غير معين، بحيث يضع تحقق الشرط أو قدوم الأجل «تلقائياً» نهاية للوكالة، وأن الوكالة المعطاة للمدير العام المساعد إذا لم تكن مقترنة بأجل غير معين وهو التاريخ الذي ينقطع فيه الرئيس المدير العام عن ممارسة وظائفه، فإن ذلك يعطل الأحكام المبينة أعلاه والواردة في قانون عام 1943، وأن هذه الأحكام ذات الطابع الإلزامي تحفظ لكل رئيس مدير عام يدخل الوظيفة وله وحده الإمكانية في أن يقترح على مجلس الإدارة أن يكون إلى جانبه مدير عام مساعد وكذلك أن يقترح الشخص الذي يختاره هو ويمنحه ثقته».

«والعقد» كما لاحظ السيد Azéma، «هواذاً لمدة محددة. بيد أن الأمر يتعلق بتحديد

---

(1) H.ROLAND, Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs, Mélanges VOIRIN 1966، الصفحة 742 والصفحة 743.

(2) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 104.

(3) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 105.

(4) Dalloz 1966 ـ صفحة 199، تعليق P.DIDIER؛ مصنف الاجتهاد الدوري، 1966، II، 14491، تعليق P.L.

ضمني ينبغي البحث عنه في السبب ذاته للعقد. وهدف الاتفاقية بالفعل هو تزويد الرئيس المدير العام للشركة بمساعد يستطيع أن يوكل إليه بعض مهامه ويكون مسؤولاً عنها. فسبب العقد يبدو تماماً أنه مساعدة شخص وليس مساعدة جهاز. ومن الطبيعي بالتالي أن تنتهي الوكالة في الوقت عينه الذي تتوقف فيه وظائف الرئيس وأن يحل محله شخص جديد»[1].

ب) الإسناد إلى عناصر خارجية:

216 ـ يبين السيد Azéma أن «التحديد الخارجي يرتكز على البحث، خارج عناصر العقد، عن تحديد مدته... وينص القانون المدني نفسه على هذا البحث بطريقة عامة جداً. أن عدة نصوص تلمح إليه»[2]. فالمادة 1139 تنص بالفعل على أن «الاتفاقية لا تلزم بما عبّرت عنه وحسب وإنما أيضاً بالنتائج التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب حسب طبيعته». والمادتان 1159 و1160 حول تفسير العقد تفرض البحث في العادات عن معنى اتفاقية غامضة أو غير تامة.

217 ـ الإسناد إلى عقد آخر

يمكن الأخذ، بصورة خاصة، في الحسبان مدة اتفاقية أخرى جرى الإسناد إليها من قبل الفريقين ضمناً لتحديد مدة العقد المنازع فيه[3].

ومما لا جدال فيه أن العقود المحددة مدتها بالإسناد إلى مدة عقد آخر تشكل عقود لمدة محددة. والأمر على هذا النحو على الأقل عندما يكون العقد المختار كإسناد هو نفسه لمدة محددة، وذلك حتى ولو كانت هذه الاتفاقية قد عقدت بين الفريقين نفسيهما اللذين أبرما العقد المنازع فيه أو من سلفاهما[4]. ومدة العقد المنازع فيه، في هذه الحالة، هي بالفعل بمنجى من إرادة الفريقين التعسفية.

وعندما لا تنتج اللاّإنقسامية عن طبيعة الأشياء وإنما عن نية الفريقين وحسب، فإرادة هذين الفريقين هي التي تحدد المدى الحقيقي. وبالفعل «حسب التعابير الصريحة لمحكمة النقض، مفهوم الشيوع الذاتي» (بخلاف اللاّإنقسامية المادية أو الطبيعية) «هو... تطبيق لمبدإ سلطان الإرادة»[5]، أو بالأصح الحرية العقدية.

---

(1) J.AZÉMA، الأطروحة عينها، رقم 107.

(2) الأطروحة عينها، رقم 109.

(3) انظر J.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 472 وما يليه.

(4) انظر بهذا المعنى J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً الأرقام 87 إلى 89.

(5) Ph.SIMLER المذكور آنفاً، صفحة 371، رقم 303 ـ النقض المدني في 2 تموز 1958، النشرة المدنية I، رقم 352، صفحة 284 ـ النقض الاجتماعي في 5 أيار 1959، النشرة المدنية، IV، رقم 333، صفحة 274 ـ النقض المدني، 27 تشرين الثاني 1963، النشرة المدنية، I، رقم 520، صفحة 436 ـ 3 آذار 1964، النشرة المدنية I، رقم 134، صفحة 99. ـ 26 حزيران 1963، النشرة المدنية، I، رقم 347، صفحة 296.

218 ـ الإسناد إلى نشاط أحد الفريقين

سبق أن رأينا أن تحديد الأجل يجب أن لا يترك إلى تعسف أحد الفريقين. وهذه القاعدة لا تمنع أن يكون الإسناد إلى نشاطهما لتحديد الأجل. وإنما يقتضي أيضاً أن لا يكون هذا الإسناد شكلياً.

وقد شهر حكم 26 أيار 1970[1] هذا الطرح بالتذكير بأن قضاة الأساس ملزمون بأن يبينوا بدقة العناصر التي يستندون إليها لإثبات الطابع الموقت للعقد.

كانت قد عقدت اتفاقية بين إحدى الشركات ووكيلها العام وبمقتضاها يعفى هذا الوكيل من درس سوق أحد القطاعات (ألمانيا الغربية)، وإنما يقبض مع ذلك علاوة على السلع المباعة في هذا القطاع. وبعد أن نفذت الشركة الاتفاق خفضت معدل العلاوات. فقاضى الوكيل التجاري شريكه في التعاقد للتنفيذ. وللرد عليه تمسكت الشركة بأنه لم يكن في نيتها تأمين خدمة دخل أبدي. وقد استبعد قضاة الواقع هذه البرهنة بحجة أن الاتفاقية تستند إلى درس السوق في ألمانيا من قبل الشركة «وينتج عن ذلك أن الاتفاقية لكي تكون غير محددة ينبغي أن لا تضمن أجلاً يضع نهاية لدراسة القطاع الألماني من قبل الشركة». وقد ظهر هذا التعليل غير كافٍ في محكمة النقض لإعطاء الحكم الأساس القانوني. فنقضت هذا الحكم لأن «محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو بدون التطرق إلى الظروف التي من شأنها إثبات أن دراسة السوق الألمانية من قبل الشركة كانت بالضرورة موقتة، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

فالإسناد إلى نشاط أحد الفريقين ليس إذاً في ذاته كافياً لتمييز وجود أجل تحقق أكيد. على أنه من المسموح به التفكير في أنه يغدو كذلك إذا كان في حد ذاته محدداً في الزمن بدقة.

---

(1) النقض التجاري في 26 أيار 1970، النشرة المدنية IV، رقم 173، صفحة 153.

الفصل الثاني

نظام العقود تبعاً لمدتها

219 ـ تفرض دراسة النظام القانوني للعقد الذي يتم تفحصه من وجهة نظر مدة التنفيذ التفريق بين العقود لمدة محددة والعقود لمدة غير محددة، ولو تمكنا من بيان أن فوائد هذا التفريق تميل إلى الإمحاء[1].

القسم 1

العقود لمدة محددة

220 ـ مفهوم الأجل المسقط

إن الأجل المعين في العقد لمدة محددة هو أجل مسقط بالضرورة، طالما أنه يحدد مدته دائماً[2]. ويؤخذ بأنه يشترط دائماً لصالح المدين والدائن[3]. ولا يسمح، من حيث المبدأ، بأي عدول أحادي الجانب[4]؟ بيد أن الاستثناءات عديدة كما سنرى. فقدوم الأجل ينتج مفعولاً آلياً بمعنى أن العقد ينقطع عن إنتاج مفاعيله للمستقبل بدون أن يكون من الواجب أن يبدي الفريقان إرادتيهما[5]؛ ويعمل الأجل المسقط بحكم القانون، وما ذلك إلاّ تطبيق

---

(1) J.AZÉMA, La durée des contrats successifs، أطروحة في ليون، L.G.D.J، 1969، مقدمة R.NERSON.

(2) انظر Ch.DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations en général، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 569، صفحة 543.

(3) D. VEAUX بالاشتراك مع A.HONORAT، مصنف الاجتهادات المدنية، البند 1185 والبند 1186، رقم 125.

(4) انظر J.AZÉMA الأطروحة السالفة الذكر، رقم 239 وما يليه ـ النقض التجاري في 5 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 154، صفحة 137.

(5) انظر I.PETEL, La durée d'efficacité du contrat، أطروحة في مونبيليه، 1984، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 430 وما يليه.

المادة 1134 من القانون المدني. فقد التزم الفريقان بمدة محددة مسبقاً لا أكثر ولا أقل والقاعدة مؤكدة صراحة في المادة 1137 من القانون المدني المتعلقة بالإيجارات الخطية[1] وتنجم عن هذه القاعدة نتيجة عملية كبيرة الأهمية: ليس للمتعاقدين حق بتجديد محتمل[2] ما عدا وجود نص قانوني معاكس.

وقد أخذت محكمة النقض، في صدد عقد امتياز حصري لمدة محددة، بأن مانح الامتياز ليس ملزماً بأن يبرهن على مشروعية رفضه التجديد[3] بمقدار ما هو غير ملزم بإيراد سبب تسويغ ما[4].

من أجل ذلك لا يشمل رفض تجديد عقد لمدة محددة بحد ذاته إساءة استعمال الحق[5]، حتى ولو لم يظهر قدوم الأجل، في المجال الخاص لفتح الاعتمادات المصرفية، كافياً لرفض غير خاطىء للتجديد[6]. ويحتفظ القضاء العالي مع ذلك بالإمكانية النظرية في تمييز رفض كهذا[7] ما أن تكون نية الإضرار بأحد المتعاقدين بارزة[8]. بيد أنه من الاستثنائي أن تتبين الحقيقة من ذلك، وبصورة أخص في مجال التوزيع الكامل حيث كان اجتهادها أغزر. وبالفعل لم تأخذ إلاّ في الحالة التي لم تكن مدة الإخطار المتوافق مع العادة أو المحدد تعاقدياً قد جرت مراعاتها[9]، أو عندما ينتهك مانح الامتياز تعهده بتجديد

---

(1) «يتوقف الإيجار بحكم القانون عند انقضاء الأجل المحدد عندما يكون خطياً، بدون أن يكون من الضروري إرسال إخطار». انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 حزيران 1989، Dalloz 1989، صفحة 206 من التقرير ـ 15 آذار 1922، النشرة المدنية، III، رقم 182، صفحة 130.

(2) انظر على سبيل المثال النقض التجاري، 4 شباط 1986، Dalloz 1988، صفحة 19 من الموجز، بالنسبة إلى عقد امتياز.

(3) النقض التجاري، 9 حزيران 1992، Contrat, concurrence, consommation 1992، رقم 223، ملاحظة L.LEVENEUR.

(4) النقض التجاري في 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 7، صفحة 5؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 122، ملاحظة J.HÉMARD et B.BOULOC ـ 30 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 392، صفحة 327.

(5) النقض التجاري في 22 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 36، صفحة 28.

(6) انظر النقض التجاري في 3 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 368، صفحة 255، الذي بين، لتقرير أن رفض تجديد فتح اعتماد يعطى لمدة محددة لم يكن فيه إساءة استعمال الحق، «وأن وضع الشركة المدنية كان مثقلاً جداً، ولم تتوصل إلى إيجاد مؤسسات أخرى وكان فتح الاعتماد على أساس انتظار ذلك، وأن متابعة دعم المصرف لها كان يمكن اعتباره إساءة استعمال». ولا يبدو قدوم الأجل كافياً إذاً، في هذه الحالة الخاصة، لتسويغ رفض التجديد.

(7) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 نيسان 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 152، صفحة 118 (يبين الحكم إضافة إلى ذلك أن عبء إثبات إساءة الاستعمال يقع وفقاً للقانون العام، على عاتق شخص من يتمسك بها) ـ 13 تشرين الثاني 1972، النشرة المدنية IV، رقم 286، صفحة 269 ـ 16 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية III، رقم 321، صفحة 307.

(8) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 16 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 59.

(9) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 حزيران 1978، النشرة المدنية IV، رقم 164، صفحة 140 ـ بالإضافة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 13.

العقد[1]، بوجود خطأ يسوّغ إعطاء تعويض. على أن إساءة استعمال الخرق بحد ذاته ليست هنا هي المعاقبة. يمكن إذاً التفكير شرعاً في أن الحق في عدم تجديد العقد لمدة محددة يقترب من فئة الحقوق الاستنسابية[2]. ويكفي للاقتناع بذلك تعداد الفرضيات الرئيسية التي يجري فيها التمسك بإساءة الاستعمال ودفعه في النهاية من قبل محكمة النقض، وفي أغلب الأحيان بأحكام نقض. والأمر على هذا النحو عندما يبلغ مانح الامتياز رفضه تجديد العقد، بالتناقض مع موقف حمل شريكه على الالتزام بتوظيفاته[3]، أو جعل صاحب الامتياز في وضع الريبة حول مصير مستقبله وبدون وجود أي سبب تسويغ لقراره رغماً عن الوعد المعطى لجميع أفراد شبكته بالأخذ في الحسبان فعاليتهم[4]، بدون إبراز تخلف متميز في حين أن القطع يبدو قبل أوانه تجاه التعهدات التي فرضت على صاحب الامتياز[5]، أو كذلك بالحفاظ على العلاقات مع صاحب الامتياز لقساوة بعد قدوم الأجل[6].

ويمكن إبداء الأسف لاجتهاد كهذا. إن صاحب الامتياز لا يملك بالتأكيد أي حق في التجديد ولا يمكن بالتالي أن نأخذ على شريكه في التعاقد عدم تقديم أي سبب تسويغ له أو بيان ما يبدو مغلوطاً، ذلك أن الأمر، ربما ليس سوى بمجرد انتهاك واجب خلقي[7].

ولا شك في أن روحية التعاون التي يجب أن تشجع الشركاء على التعاقد تبرز بشكل خاص في مجال العقود المبرمة في قطاع التوزيع. وهذه العقود، من جهة أولى، تضع الشريكين في علاقة وأحدهما على العموم في وضع تبعية اقتصادية، أو على الأقل في وضع دونية تجاه الآخر. ومن جهة ثانية هما منذوران طبيعياً للالتزام بالمدة بسبب اكتساب الزُبُن الضروري والمشترك، وهؤلاء الزبن سيأتلفون معهما. فليس من الإسراف إذاً تخفيض عتبة

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 شباط 1981، النشرة المدنية، IV رقم 74، صفحة 58، Sirey - Dalloz 1982، صفحة 4، تعليق J.SCHMEDT - SZALEWSKY. أضف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 1 تموز 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 199، صفحة 167، تأييد محكمة استئناف في حكمها بأن مانح الامتياز الذي أعلن لصاحب الامتياز، في التعابير عينها للسنة السابقة، عن نيته في تجديد عقده بدون أن يحدد له أن منطقة نشاطه ستكون مبتورة إلى حد كبير أوقعه في الغلط وارتكب بذلك خطأ. قارب بحكم الغرفة التجارية في 4 حزيران 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 195، تمييز الوعد «بإيجاب بدون شرط».

(2) انظر المدخل العام، رقم 705 وما يليه.

(3) النقض التجاري في 4 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 13 صفحة 10؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G،I، 3757، رقم 10 وما يليه، ملاحظات (انتقادات) Ch.JAMIN ـ 6 كانون الثاني 1987 المذكور آنفاً.

(4) النقض التجاري في 3 كانون الأول 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 410، صفحة 329.

(5) النقض التجاري في 30 تشرين الثاني 1982، المذكور سابقاً.

(6) النقض التجاري، 3 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 140، صفحة 111؛ Dalloz 1979، صفحة 364.

(7) انظر: G.RIPERT, La règle morale dans les obligations civiles، L.G.D.J. الطبعة الرابعة، 1949، رقم 100، صفحة 175.

إساءة الاستعمال والأخذ بأن الخفة الملومة تشكل المعيار الذي يتيح تمييزها[1]. ينبغي بالتالي، إذا كانت الحال على هذا النحو، قبول أن رفض تجديد العقد مع أنه تبنى مسلكاً أو قدم أسباب تسويغ يمكن على الأقل أن تجعل شريكه في التعاقد يفكر، بسبب التباسها، في أن عقده سوف يجدد، يجب أن يشكل إساءة استعمال كهذه، ولا سيما عندما يكون هذا الشريك، بسبب ذلك، قد تكبد مصاريف كبيرة أو امتنع عن القيام بمساع ضرورية للحفاظ على نشاطه في قطاع آخر أو مع شريك آخر. إن موقفاً كهذا يترك بالفعل على عاتق أحد الشريكين كلفة التوظيف التي تخل كلياً بالتوازن المتعلق بالتقديمات الناتجة حتماً عن تنفيذ العقد، على عكس المبدإ الذي يجب أن يسوس نظام العقود الجمعية.

ويمكن على الأكثر، في حالة القانون الوضعي، إبداء الأسف ذلك بأن الحل الذي تبنته محكمة النقض يجعل أي توظيف مجازفة كبيرة، وعلى وجه الخصوص لجهة أصحاب الامتياز، في غياب تعهدات حاسمة من قبل مانحي الامتياز. إن أصحاب الامتياز يبدون اليوم خاضعين للبديلة التالية: إمّا أن يمولوا، مما لا يمنع استبعادهم من الشبكة، رغماً عن المبالغ الكبيرة التي التزموا بها، وإمّا أن يحجموا عن التمويل ولكنهم سيكونون متأكدين من استبعادهم. وهذا الحل يبدو مضراً على الصعيد الاقتصادي ذلك بأنه يجعل بقاء هذه المؤسسات المتوسطة التي هي الامتيازات التجارية أكثر هشاشة. لا يسعنا إذاً إلاّ أن نأمل تحولاً في الاجتهاد الحالي، على صورة التطور الذي يبدو مرتسماً في صدد العقود لمدة غير محددة[2].

إن مدة تنفيذ العقد قابلة للتعديل. ويمكن أن تطول بتمديد ضمني.

الفقرة 1 ـ تعديل مدة تنفيذ العقد

221 ـ يمكن أن يتم هذا التعديل عن طريق تخفيض مدة العقد أو امتدادها.

222 ـ تخفيض مدة تنفيذ العقد

الخرق الآحادي الجانب للعقود لمدة محددة محظّر من حيث المبدأ. وقد نص المشترع على بعض الاستثناءات على القاعدة[3] وهي تفسر حصرياً[4]. وجرى البحث عن أسس هذه

---

(1) قارن بالنسبة إلى التسريح القديم بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1971، Dalloz 1972، صفحة 73، تعليق B.R، في صدد عقد العمل المتميز برباط تبعية قانونية.

(2) انظر الرقم 247 اللاحق.

(3) انظر B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس III، 1973، طبع على الآلة الكاتبة، الرقم II ـ 74 وما يليه، صفحة 202 وما يليها. قارن بالحقوق العديدة في الندم كالحق المنصوص عليه لصالح مؤلف إنتاج أدبي (المادة 32 من قانون 11 آذار 1957).

(4) انظر بهذا المعنى B.HOUIN؛ الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 11 إلى 95 وما يليها، صفحة 234 وما يليها. وعلى عكس ذلك R.DEMOGUE, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale المجلة الفصلية للقانون المدني، 1907، صفحة 245 وما يليها وخصوصاً صفحة 268.

الشذوذات، وأولها يعود إلى طابع العقد المبرم بالنظر إلى شخص المتعاقد معه، والثاني عدم المساواة بين الفرقاء، والثالث المرونة الملازمة لبعض الاتفاقيات[1].

وقد نص القانون، في قانون الشركات، على بعض حالات الحل المسبق. وهكذا جاء في المادة 1844 ـ 7، الفقرة 5، من القانون المدني: «تنتهي الشركة (. . .) بالحل المسبق الذي تعلنه المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء لأسباب تسويغ صحيحة، وعلى وجه الخصوص في حالة عدم تنفيذ أحد الشركاء موجباته أو سوء التفاهم بين الشركاء الذي يشل سير عمل الشركة». ومن المهم فقط بيان أن محكمة النقض توجب على قضاة الأساس تقدير قيمة أسباب التسويغ المتذرع بها بأن يضعوا أنفسهم في اليوم نفسه الذي يتخذون قرارهم[2] فيه. غير أن قضاة الأساس يملكون سلطة سيدة في التقدير وبالتالي مستبعدة عن أي رقابة لمحكمة النقض[3]. والخلاف بين الشركاء لا يمكن أن يشكل سبب تسويغ صحيح لحل الشركة إلا أن يشل سير عمل الشركة[4]. فالقانون يعترف إذاً بحق الفسخ الأحادي الجانب غير أنه يوكل إلى المحاكم مهمة التحقق من جدية استعماله.

والوكالة، حسب المادة 2004 من القانون المدني، قابلة للرجوع عنها بحرية أيّاً كانت مدتها[5]. فالفريقان يستطيعان الشذوذ عن هذا المبدإ والاجتهاد وضع نظرية «الوكالة ذات المصلحة المشتركة» التي بمقتضاها لا يمكن أن ينتج العدول إلاّ عن رضا الفريقين المتبادل[6]. والمصلحة المشتركة تجعل الوكالة لمدة محددة غير قابلة للرجوع عنها. إن الأمر يتعلق بالعودة إلى القانون العام للعقد المقترن بأجل مسقط[7].

والمادة 1794 من القانون المدني تمنح صاحب العمل الذي تعامل جزافياً حق الفسخ الأحادي الجانب شرط التعويض على الملتزم. والأمر يتعلق بنص غير مألوف من القانون العام.

---

(1) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، الرقم II ـ 76 وما يليه، صفحة 206. يصنف المؤلف مختلف العقود لمدة محددة التي تكون فيها إمكانية الفسخ الأحادي الجانب مقبولة تبعاً للأسس المبنية على هذا النحو.

(2) النقض التجاري في 4 كانون الأول 1968، مصنف الاجتهادات الدوري، 1969، IV، صفحة 23.

(3) النقض التجاري 25 شباط 1964، النشرة المدنية، III، رقم 98، صفحة 85. إضافة إلى النقض التجاري في 16 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 59، صفحة 56؛ Dalloz 1970، الصفحة 136 من الموجز.

(4) انظر النقض التجاري في 16 آذار 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 8172، تعليق J.R. ـ 15 شباط 1955، النشرة المدنية III، رقم 65؛ 28 شباط 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 65، صفحة 57؛ تبقى هذه الحلول صحيحة اليوم رغماً عن الإصلاحات المتعاقبة التي كانت الشركات موضوعها؛ انظر بهذا المعنى G.LAGARDE من، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، الشركة المدنية، رقم 147.

(5) وكالة وكيل ملكية مشتركة حتى لمدة محددة، يمكن الرجوع عنها في أي وقت. انظر على سبيل المثال الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 نيسان 1988، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 46.

(6) انظر الرقم 251 اللاحق.

(7) انظر بهذا المعنى B.HOUIN، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم II ـ 132، صفحة 292.

وعلى الوديع رد الإيداع لدى أو طلب من المودع، حتى ولو كان العقد قد حدد مهلة معينة (المادة 1944 من القانون المدني).

وعندما يحصر القانون مدة تنفيذ العقد في مهلة معينة يسمح أحياناً لأحد الفريقين بفسخه قبل الاستحقاق العادي. وبإمكان مؤجر محل تجاري إرسال إخطار كل ثلاث سنوات عندما يلجأ، على وجه الخصوص، إلى أشغال إعادة البناء (المادة 3 ـ 1، الفقرة 3، من مرسوم 30 أيلول 1953). ومنذ القانون رقم 85 ـ 356، تاريخ 30 كانون الأول 1985، يستطيع المستأجر الذي يسلب الاستفادة من حقوقه في التقاعد فسخ العقد قبل الاستحقاق العادي (المادة 3 ـ 1، الفقرة 4).

أما الإيجارات لاستعمال سكني فإن قانون 22 حزيران 1982، الملغى، كان ينص على حق الاستعادة للسكن (المادة 9). ولا ينص قانون 23 كانون الأول 1986 على إمكانية كهذه لأن مدة الإيجار، في ما يتعلق بمهلة الإيجار، أقل قسراً بكثير من السابقة. وبالمقابل يستطيع المستأجر، في رؤية اجتماعية، إرسال إخطار في أي وقت (المادة 11). ويتضمن قانون 6 تموز 1989 اعتبارات اجتماعية (وسياسية) تعدل القانون السابق. وإذا كان المؤجر لا يستطيع، من حيث المبدأ، فسخ العقد، فإن المستأجر بإمكانه، من ناحيته، فسخ العقد في أي وقت (المادة 15).

وفي وسع المكتتب في التأمين على الحياة فسخ العقد من جانب واحد برفض دفع العلاوة، ولا يستطيع المؤمِّن إجباره على التسديد (المادة L20-132 من قانون التأمين، قانون 7 كانون الثاني 1981). إنها القاعدة المسماة قاعدة «الطابع الاختياري للدفع»[1].

إن مجموعة هذه الشذوذات عن النظام العادي للعقد تنزع، كما بيّن بوضوح السيدة Azéma، إلى أن تقلص بصورة ملموسة التعارض بين العقود لمدة محددة والعقود لمدة غير محددة[2].

وفي وسع الفريقين باتفاق مشترك، حتى ولو كان التعبير عنه ضمنياً[3]، وضع نهاية للعقد. وهذه الإمكانية، المعروفة في صيغة عبارة التباين المشترك Mutus dissensus[4]،

---

(1) انظر حول هذه المسألة M.PICARD et A.BESSON, Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، 1982، تأليف A.BESSON، رقم 488 وما يليه.

(2) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 245 وما يليه.

(3) انظر حكمي النقض المدني في 7 تموز 1858، Dalloz الدوري، 1، 58، صفحة 329 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 330، صفحة 296. قارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة، 14 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 268، صفحة 165، التي أخذت، في مادة الإيجار، في حال غياب تفرغ نظامي عن العقد عقب فترة السنوات الثلاث وفقاً لاتفاق الفريقين أو الحل القضائي الجاري تنفيذه، «بأن الإيجار لا يمكن اعتباره مفسوخاً بصورة مسبقة مع موافقة المؤجر لأن هذا الأخير انتظر ثلاث سنوات ليطالب بدفع متأخرات بدلات الإيجار».

(4) انظر تلاشي العقد.

منصوص عليها بصراحة في المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني. ويتم العدول، من حيث المبدأ، في شكل شرط فاسخ[1]. وهذه القاعدة هي بديلة، إذ بإمكان الفريقين بالطبع الإعداد للعدول عن اتفاقهما[2].

إن الاستقرار من جوهر العقد لمدة محددة. وينبغي الاستنتاج من ذلك أن أيّ فريق لا يملك حق إجبار الآخر على فسخ مسبق، عدا وجود نص صريح. غير أن محكمة النقض أدخلت، في حكم بقي معزولاً، نظرية إساءة استعمال الحق. فقد نقضت الغرفة المدنية الثالثة حكماً لم يبحث عما إذا كان الرفض الذي واجه به المؤجر مستأجره الذي طلب الفسخ المسبق للعقد «كان يرتكز على أسباب تسويغ شرعية» (. . .)، أو عما إذا كان رفض للمؤجر «قد أملته الرغبة في الإضرار بشريكه في التعاقد»[3]. والإنصاف قد يأمر بهذا الحل، بيد أن الأمن القانوني لا يتوافق معه. ويضاف إلى ذلك أن هذا الحكم يصعب توفيقه مع رفض نظرية عدم التوقع.

ويستطيع الفريقان، بالطريقة عينها، النص على إمكانية الفسخ لصالح كل واحد أو لأحدهما فقط، شرط عدم ترك ممارسة هذا الفسخ لتعسف المدين[4]. والإيجار للاستعمال السكنيْ المعقود «الثلاث سنوات أو ست أو تسع» الذي غالباً ما كان يستخدم قبل القوانين الصادرة في السنوات 1982 و1986 و1989 يشكل إشهاراً تاماً لاستخدام إمكانية الفسخ. وكما بينت السيدة Azéma هناك اقتباس جزئي عن نظام العقد لمدة غير محددة خلال التنفيذ وتمسك بنظام العقد لمدة محددة طالما أن الأجل الأخير يؤدي إلى سقوط العقد[5].

---

(1) النقض المدني، 17 تموز 1892، D.P.93، 1، صفحة 462؛ S.91، 1، صفحة 67. ـ النقض التجاري، 30 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 337، صفحة 291، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 166، ملاحظة J.MESTRE؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1985، صفحة 149 وما يليها، ملاحظة S.HÉMARD et BOULOC.

(2) انظر R.VATINET, Le mutuus dissensus، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، ولا سيما رقم 35، صفحة 279.

(3) 22 شباط 1968، النشرة المدنية، III، رقم 71، صفحة 58؛ Dalloz 1986، صفحة 607، تعليق Ph.M؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1969، الطبعة G، II، 15735، تعليق .R.D؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 735، ملاحظة G.CORNU ـ. انظر: Ph.SIMLER, L'article 1134 et la résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة I,G، 2413. ـ M.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 282 مكرر، الذي انتقد بشدة هذا الحكم على صعيد المبادىء مقدراً أن وصف الأجل غير فعال.

(4) انظر الرقم 212 السابق؛ بالإضافة، في شأن مشكلة الشرط الإرادي الفاسخ، إلى J.J.TAISNE, La notion de condition dans les actes juridiques، أطروحة في ليل، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 93، صفحة 140 وما يليها. ـ I.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 635 وما يليه، صفحة 679 وما يليها.

(5) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 247 وما يليه، صفحة 192 وما يليها.

223 ـ امتداد العقد

يدعم رأي توسعي إمكانية امتداد العقد صراحة أو ضمناً، وهذا الامتداد الأخير يتوافق مع التمديد الضمني[1]. ومن المناسب بيان ذلك بدقة أكبر. يمكن أن يعرف الامتداد بأنه الاتفاقية التعديلية التي بمقتضاها يؤجل الفريقان استحقاق الأجل المسقط، مما يفرقه عن التمديد الضمني والتجديد اللذين يولدان عقداً جديداً[2]. على أن التفريق بين مختلف هذه المفاهيم لا يبدو أن الاجتهاد قد يضعه بوضوح[3].

وقد لوحظ أن هناك، على اعتبار أن القاعدة هي سقوط الأجل المتفق عليه، ما يدعو إلى الافتراض أن توافق الإرادتين الجديد ينشىء عقداً جديداً وليس مجرد امتداد[4]. فالامتداد الذي لا يمكن أن يكون مفترضاً ينبغي عملياً أن يشكل موضوع اتفاقية صريحة بين الفريقين؛ كما يمكن أيضاً أن تتيح الظروف الواقعية استنتاج وجود امتداد ضمني. وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في أول كانون الأول 1993[5]، بأن امتناع الدائن الذي لا يحصل مبلغ دينه عند استحقاق القرض ولا يتدخل قبل هذا التاريخ لدى مدينيه يتيح لمحكمة الاستئناف، عن طريق تقدير سيد لنية الدائن، أن تقدر أن هذا الدائن «منح هكذا بتراخيه امتداداً ضمنياً لمهل المدينين الأصليين». إن امتداد المهلة في هذه المادة يعادل هنا امتداد عقد القرض، ذلك بأن تاريخ التسديد يرسم انقضاءه بتحقق موضوعه. وواقع أن المدينين سكتوا لا يؤدي إلى البحث مجدداً في ضرورة تبادل الإرادتين: سكوتهم يعادل قبولهم بمقدار ما يكون تأجيل الاستحقاق قد جرى لمصلحتهم الحصرية[6]. كان بإمكانهم دائماً معارضة هذا التأجيل فتغدو المهلة غير ممدة، مما يبرهن بالاستدلال بالضد على ضرورة موافقتهم.

ومن المسلم به أنه لا يمكن أن يتم الامتداد بعد سقوط الأجل[7]، وأن الفريقين عليهما

---

(1) G.LEPARGNEUR, La prorogation des contrats à exécution succesive après un cas de force majeur et particulièrement à la suite de la guerre de 1914, أطروحة في باريس، 1920، صفحة 4 وما يليها.

(2) انظر الرقم 224 اللاحق وما يليه. انظر أيضاً I.PETEL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 469، ولا سيما التعليق 787، الذي يصر على التحديد المصطلحي.

(3) انظر النقض التجاري في 18 شباط 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 78، صفحة 56؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، ألطبعة G، I، 3591، صفحة 268 وصفحة 269، ملاحظة M.BILLIAU، في شأن التفريق بين الامتداد والتمديد الضمني. قارن بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 30 أيلول 1992، النشرة المدنية، V، رقم 484، صفحة 304، الذي لم يستخرج إلاّ ضمنياً نتائج امتداد فترة التجربة لعقد عمل، مؤيداً قضاة الأساس في حكمهم بأن ألأجير يجب أن يكافأ على أساس الاتفاق الأولي، مما ينزع إلى البرهنة على أن «التجديد» المزعوم لفترة التجربة في الحقيقة امتداد للعقد الذي بقيت نصوصه ملزمة.

(4) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 577، صفحة 619.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 353، صفحة 246.

(6) انظر المدخل العام، رقم 406.

(7) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 579، صفحة 621.

أن لا يعدلا اقتصاد الاتفاقية جوهرياً، بحيث أن الامتداد لا يخشى عليه من وصف جديد بأنه تجديد[1]. وهناك رأي يقول إن قواعد التجديد بالنسبة إلى العقود المنظمة، ينبغي، من حيث المبدأ، أن تطبق على الامتداد[2].

إن الامتداد ينتج عن اتفاق ضمني على الأقل للإرادتين[3]، وإنما ليس دائماً للإرادات جميعاً. وهكذا يمكن حسب المادة 1844 ـ 6 من القانون المدني، أن يقرر امتداد إحدى الشركات بالأكثرية المطلوبة لتعديل الأنظمة، عندما تنص على هذه الإمكانية. ويبين هذا النص، بالإضافة إلى ذلك، أن الفرقاء بإمكانهم أن يتوقعوا عند إبرام العقد امتداداً تكون كيفياته قد سبق تنظيمها.

وبالعكس قد يتطلب الامتداد أحياناً رضا شخص ثالث لكي تسري مفاعيله، ويمكن أن يمكون مصدر ذلك اتفاقياً[4] أو قانونياً. وهكذا يستطيع صاحب حق الانتفاع أن يعقد وحده إيجارات غير التي تتناول عقاراً ريفياً أو تجارياً أو صناعياً أو حرفياً بدون اشتراك مالك الرقبة (المادة 595 من القانون المدني). وينبغي أن تكون هذه الإيجارات لمدة قصوى هي تسع سنوات. والإيجارات لمدة أطول ليست ملزمة بالنسبة إلى مالك الرقبة، في حالة انقطاع حق الانتفاع، إلاّ لفترة تسع سنوات (حتى في حالة التجديد). ينبغي إذاً إعلان أن امتداد الإيجار الممنوح بدون موافقة مالك الرقبة غير قابل للاحتجاج به ضده طالما أن الأمر يتعلق بالعقد ذاته، ومجموع مدة فترة الإيجار ذاتها تتجاوز تسع سنوات. إن فعالية الامتداد تتطلب بالتالي موافقة فريق أجنبي عن العقد الأولي[5].

وبما أن الامتداد هو عقد ـ يعدل المدة الأولية للعقد الأولي بتأمين استمرارية علاقة الموجب ـ يقتضي لتحديد قانونيته بالإستناد أولاً إلى شروط الصحة التي تنص عليها المادة 1108 من القانون المدني[6] تم البحث عما إذا كان يقود إلى استبعاد القواعد الخاصة المتعلقة بالانتظام العام.

وعندما يكون العقد محصوراً في مهلة قصوى يبدو الامتداد غير ممكن. فمرسوم 30

---

(1) I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 580.

(2) I.PETEL، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 583.

(3) يفرض القانون ذلك أحياناً وبصورة استثنائية بسبب بعض الأحداث كالحرب؛ انظر حول هذه النقطة J.LEPARGNEUR، الأطروحة المذكورة سابقاً (القسم الثاني).

(4) انظر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، الحكم المذكور سابقاً. ينص العقد الموثق الذي يثبت تعهد كفلاء الرهن العقاري على أن «المقرض لا يستطيع أن يمنح المدين أي امتداد للمهلة بدون رضا صريح وخطي صادر عن السيد Manate وزوجته (الكفيلين)، تحت طائلة خسارة أي مراجعة أو دعوى ضد هذين الزوجين».

(5) انظر بالنسبة إلى رأي آخر I.PETEL، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 660، صفحة 646 وصفحة 647، الذي يحدد حجية الامتداد تجاه مالك الرقبة بالشرط في أن لا يتجاوز تسع سنوات، انظر أيضاً الرقم 624، صفحة 668 وصفحة 669. ويرتكز هذا التحليل على «تقطيع» العقد الممتد الذي يستبعد دوام الرباط العقدي.

(6) انظر في شأن الاتفاقيات التعديلية، A.GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties أطروحة في L.G.D.J، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 407 وما يليه.

أيلول 1953 مثلاً (المادة 3 ـ 2) يشكل عقبة أمام تقنية الامتداد ما دام أن المدة الكاملة تتجاوز الحد الأقصى المسموح به[1]. وعند دخول المستأجر في إيجار تجاري الأماكن تكون للفريقين إمكانية إبرام عقد لمدة سنتين كحد أقصى. ويؤكد النص أنه إذا تركت حيازة المستأجر لدى الاستحقاق ينشأ آلياً إيجار جديد لتسع سنوات. وقد احتاط القانون لأي احتيال بالنص على أن النظام يطبق تلقائياً حتى ولو أبرم الفريقان عند انقضاء العقد الأول عقد تجديد أو إيجاراً جديداً للمكان عينه (المادة 3 ـ 2، الفقرة 3).

وثمة تشريعات أقل قسراً. فقانون 14 تشرين الأول 1943 يحدد بعشر سنوات صحة بنود الحصرية وينبغي الاستنتاج من ذلك، طالما أن الأمر يتعلق بحد أقصى، أن أي امتداد هو غير ممكن من أجل حماية الخاضع للبند. غير أنه ليس هناك أي نص يتعارض مع أن يبرم الفريقان عند انقضاء عشر سنوات عقداً جديداً يحوي بند حصرية[2]. ومنع الامتداد مسوّغ بالأساس المقرر للمدة القصوى[3].

وينبغي، عندما يفرض القانون مدة دنيا فقط، التساؤل حول تعايش امتداد مدته حرة، مع حق محتمل في التجديد لمدة تساوي المدة الدنيا. وليس، من البديهي، ثمة أي عقبة أمام قبول الامتداد. فليس هناك ما يدعو إلى تطلب مراعاة معاملات حق محتمل في التجديد. فهذا التجديد، ولا سيما في مجال الإيجارات، يؤخذ به ويسري مفعوله فقط عند انقضاء فترة الامتداد. وقد حكمت محكمة النقض بأن الفريقين في إيجار تجاري كانا «سيدا حقوقهما وهما حران في الاتفاق على امتداد بدلاً من التجديد»[4]. كما حكمت بأن قواعد تجديد الإيجار الريفي لا تتعارض مع الامتداد لمدة أدنى من تسع سنوات[5]. وموجب الموافقة على إيجار لمدة ست سنوات على الأقل تفرضها المادة 3 ثلاثاً من قانون أول أيلول 1948 لا يستبعد إمكانية تحديد مدة أطول والتمديد المعطى قبل انقضاء الإيجار لا يمكن اعتباره إبرام إيجار جديد[6].

والامتداد هو اتفاقية تعديلية ومنشئة: يقود تأجيل أجل الإيجار الفريقين إلى تبادل تقديمات جديدة. ويقتضي إذاً، من وجهة النظر هذه، قبول أن بعض القواعد الشكلية مراعاتها واجبة[7].

---

(1) انظر بهذا المعنى I.PETEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 631، صفحة 674.

(2) النقض التجاري في 11 آذار 1981، D.1982، الصفحة 108 من التقرير.

(3) انظر الرقم 194 السابق.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 تشرين الأول 1977، النشرة المدنية، III، رقم 358، صفحة 272. كان الأمر متعلقاً في القضية الراهنة بإيجار لتسع سنوات ممتد عدة مرات لمدة أقل من المدة القانونية.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية III، رقم 347، صفحة 266.

(6) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 حزيران 1983، النشرة المدنية، III، رقم 140، صفحة 110.

(7) انظر I.PETEL، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 593 وما يليه، صفحة 638 وما يليها. يورد المؤلف، بمثابة =

هل من الواجب أيضاً إخضاع الاتفاق لأحكام قانون جديد؟ يمكن التقدير، استناداً إلى دوام الرباط العقدي، أن القانون القديم وحده منذور ليسوس اتفاق الامتداد[1]. ينبغي أن يكون الامتداد الاتفاقي مفهوماً كرجعية اتفاقية. بيد أن الرجعية الاتفاقية لا يمكن أن تتملص من المبدإ الذي بمقتضاه يخضع اتفاق الإرادتين، الامتداد في هذه الحالة، لسلطان القانون النافذ في آونة حصوله[2]. إذن يجب أن يخضع الامتداد للقانون الجديد[3].

الفقرة 2 ـ التمديد الضمني

224 ـ تعريف التمديد الضمني

ينص القانون أحياناً على حق التجديد لصالح أحد الفريقين ـ الإيجار التجاري، الإيجار السكني والمهني (القانون رقم 89 ـ 462، تاريخ 10 تموز 1989)، الإيجار الريفي، الخ . . . ـ الذي يتحلل كعقد جديد[4] مفروض[5] ويمثل إذاً اعتداء على الحرية العقدية ـ وبإمكان الفريقين أيضاً متابعة علاقاتهما العقدية إرادياً: يبقى المستأجر حائزاً ويستمر مانح الامتياز في تزويد صاحب الامتياز، الخ . . . ويقال إنهما يمددان العقد ضمنياً. وهكذا تمكن Radouant من تعريف التمديد الضمني بأنه «إنشاء عقد جديد، عند انقضاء العقد القديم،

= مدخل، مبدأ الحل التالي: «يمكن أن تقود الفكرة في أن الامتداد ليس سوى استمرار للعقد نفسه إلى التقرير أن لا حاجة إطلاقاً لتكرار المعاملة. على أن المعاملة التي بمقتضاها يتتج الامتداد عن اتفاق جديد تسيطر على الحل. فالتكرار يكون إذاً هو المبدأ. . .» (صفحة 639) ـ A.GHOZI، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 430 وما يليه، صفحة 175 وما يليها. وينبغي التحديد أن المبدأ يقتضي قبوله بسبب الطابع المنشىء. ومن المقبول أن اتفاقية مسقطة لا تخضع، من حيث المبدأ، لأي شكل خاص ـ انظر R.VATINET، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29، صفحة 274، وصفحة 275. قارن بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بتاريخ 19 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية I، رقم 15، صفحة 11 الذي يبين أن أي اتفاقية جماعية لا تفرض أن يكون امتداد فترة التجربة موضوع مستند خطي.

(1) انظر بهذا المعنى محكمة استئناف باريس، 15 نيسان 1976، استشهاد I.PETEL، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 616، صفحة 662.

(2) انظر الرقم 155 السابق وما يليه.

(3) انظر بهذا المعنى I.PETEL، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 616، صفحة 664.

(4) الإيجار التجاري المجدد هو إيجار جديد وليس مجرد إطالة الإيجار القديم: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، III، رقم 140، صفحة 110. والإيجار المجدد إيجار جديد حتى ولو استبعد اشتراطات العقد الأولي. وقد بينت إحدى محاكم الاستئناف أن شركة كفلت تجاه المؤجر المستأجر لتنفيذ الموجبات الناجمة عن الإيجار لم تتعهد إلاّ بالنسبة إلى المدفوعات المستحقة بمقتضى الإيجار الأصلي ولم تكن فريقاً في عقد التجديد، واستنتجت من ذلك بصواب أن موجب الكفيل توقف عند انقضاء المدة العقدية للإيجار: الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، III، رقم 167، صفحة 125.

(5) انظر بهذا المعنى Ch.LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات ـ العقد، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 129، صفحة 117، ورقم 206، صفحة 190، التعليق رقم 44.

بسبب إطالة الحالة الواقعية الناتجة عن هذه الإطالة بين الفريقين»[1].

ولا يكرس القانون المدني سوى بسط مختصر لإوالية التمديد الضمني وفي صدد الإيجار فقط في القسم المكرس «للقواعد المشتركة بين إيجارات المنازل والأموال الريفية» (المواد 1738 و1739 و1740 و1759 و1776 من القانون المدني) بيد أن مجاله يبدو أعم.

إن المؤسسة قديمة. كان الإيجار في روما يمدد لمدة سنة[2]. وكان القانون القديم ينظر بعدم رضا إلى هذه الإوالية ـ التي كان يقدر أنها خطرة بالنسبة إلى المالكين ـ وكان القانون الوسيط يمنعها[3]. ولدى إعداد القانون المدني جرت مناقشات حول ملاءمة اعتماد التمديد الضمني، وأخيراً تغلب التقليد العرفي[4].

225 ـ مجال التمديد الضمني

أحد الآراء يعتبر التمديد الضمني قاعدة خاصة بإجارة الأشياء التي لا يمكن أن تمتد إلى عقود أخرى[5]: إنه «اتفاقية وجودها يفترضهما القانون عندما يبقى المستأجر، رغماً عن انقضاء الإيجار، في الأماكن المؤجرة بدون معارضة المؤجر»[6]. وأسسه الإنصاف والمنفعة الاجتماعية. ويتمسك مؤلفون آخرون بأن التمديد الضمني هو تقنية عامة للقانون العقدي[7]. ويبين تفحص القانون الوضعي أن هذه الفكرة الأخيرة هي الأصح.

ويقدر أن إيجار الصيد البري يمكن تمديده ضمنياً استناداً إلى حكم صدر في 13 نيسان

---

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى رقم 4.

(2) M.PAGET, De la tacite reconduction ـ أطروحة في باريس، 1926، صفحة 7. وقد جرى الأخذ بأن التمديد الضمني لم يكن موجوداً في روما بالنسبة إلى الإيجارات المدينية: G.THOMAS, De la prorogation volontaire tacite en droit français tacite reconduction، أطروحة في عام 1929، صفحة 13.

(3) مرسوم 28 أيلول ـ 6 تشرين الأول 1791: «لا يسري التمديد الضمني في المستقبل على أجرة الأرض الزراعية أو بدل إيجار الأموال الريفية». وهذا النص استشهد به M.PAGET في الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 11.

(4) انظر M.PAGET، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 12 وما يليها، وG.THOMAS الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 17.

(5) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 23 وما يليها. من الصحيح أن كلمة «تمديد reconduction» مأخوذة من اللاتينية conductio ومعناها إجارة.

(6) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 20.

(7) Ch. LARROUMET، المرجع عينه الطبعة الثانية، رقم 206، صفحة 191. ـ J.M.BISCHOFF, La protection des engagements temporaires, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel، بإدارة P.DURAND, L.G.D.J، 1960، صفحة 130 وصفحة 131 ـ R.RADOUNT، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى (1955)، V التمديد الضمني، رقم 2 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، L.G.D.J الطبعة الثانية، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 108، صفحة 116، التعليق 3.

1899[1]. غير أن هذا الحكم ليس مقنعاً، ذلك بأن التمديد الضمني كان مقبولاً من قبل المتنازعين جميعاً، بحيث أن محكمة الاستئناف لم تكن ملزمة بالحكم في هذه المسألة[2].

إن المادة 1873 ـ 3، الفقرة 3، الناجمة عن قانون 31 كانون الأول 1976، تنص على ما يلي: «يمكن التقرير أن الاتفاقية (الفردية) لمدة محددة تتجدد بتمديد ضمني لمدة محددة أو غير محددة. وفي حال عدم وجود اتفاق كهذا يخضع الشيوع للمادة 815 وما يليها عند انقضاء الاتفاقية لمدة محددة».

ويبدو في الممارسة أن المتعاقدين يعتبرون أن للتمديد الضمني مجالاً أوسع من الإيجار وحده. ولذلك يشترطون، في ما يتعلق بعقود الامتياز الحصري، أحياناً وبصراحة، أن العقد لا يمكن تجديده ضمنياً[3].

وقد جرى الحكم بأن وكالة المصلحة المشتركة يمكن أيضاً أن تمدد ضمنياً[4].

فقد حكمت محكمة النقض، في 6 تموز 1876[5]، في حكم مبدئي، بأن «التمديد الضمني يطبق، ولو لم يكن وارداً بصراحة، على عقود التنفيذ المتعاقب المبرمة لمدة محددة». وهكذا ردت وسيلة الدعم التي ترتكز على أن «مجال التمديد الضمني ليس عاماً وإنما يحدده القانون لبعض العقود الخاصة كعقد الإيجار أو عقد التأمين».

ومع Demogue «يمكن القول إن أي عقد يبرم لمدة محددة يمكن تجديده بالتمديد الضمني»، وتبني المبدإ الذي بمقتضاه: «يستمر العقد بالتمديد الضمني، بعد قدوم الأجل المسقط، كلما استمر الفريقان في التصرف كما لو أن العقد ما يزال موجوداً»[6].

على أن التمديد الضمني يمكن أن يستبعده القانون.

وهو ممنوع في مجال إيجارات الحكر الحكمي والإيجارات البناء[7].

---

(1) نقض بمناسبة عريضة في 13 نيسان 1899، D.P.99، 1، صفحة 598.

(2) انظر في شأن سلطات القاضي الرقم 125 السابق.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 140، صفحة 11؛ Dalloz 1979، صفحة 364.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 16 شباط 1970، النشرة المدنية IV، رقم 58، صفحة 55، Dalloz 1970، صفحة 135 من الموجز. وقد حكمت محكمة استئناف باريس في 20 تشرين الثاني 1963 (المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 136، رقم 11، ملاحظة HÉMARD، والمجلة الفصلية للقانون التجاري، 1976، صفحة 791، رقم 18، ملاحظة HÉMARD) بأن عدم تجديد العقد، في حال وكالة عمولة لمدة محددة قابلة للتجديد بتمديد ضمني وفي فترات سنوية، ما عدا رفض أحد الفريقين قبل ستة أشهر، لا يفسح في المجال للتعويض على الوكيل بالعمولة.

(5) النقض التجاري في 6 تموز 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 231، صفحة 199.

(6) تعليق على Dalloz الدوري 1912، 2، صفحة 129، العمود الأول والعمود الثاني.

(7) حتى قبل قانون 25 حزيران 1902 الذي عيّن أن إيجار الحكر الحكمي لا يمكن أن يكون موضوع إطالة عن طريق التمديد الضمني كانت القاعدة مقبولة بحجة أن الحكر الحكمي هو «تجزئة خطيرة جداً للملكية لكي يمتد إليها التجديد الضمني الذي لا يبدي تجاهه المالك في الإيجارات العادية أي عدم ارتياح» ـ حكم =

وتنص المادة L-10-3-122، الفقرة الأولى من مدوّنة قوانين العمل، في قانون العمل[1]، على أنه «إذا استمرت علاقة العمل بعد استحقاق أجل العقد يصبح هذا العقد عقداً لمدة غير محددة». وتنص الفقرة 3 على ما يلي: «عندما تستمر العلاقة العقدية للعمل في عقد لمدة محددة يحتفظ الأجير بالأقدمية التي سبق أن اكتسبها استناداً إلى هذا العقد. وتستنتج مدة هذا العقد من فترة التجربة المنصوص عليها احتمالياً في العقد الجديد». إن صياغة النص ملتبسة. وبالفعل إذا استندنا إلى الفقرة الأولى يكون هناك مجرد إعادة وصف ليغدو العقد عقداً لمدة غير محددة وليس تعاقب عقود يكون الثاني منها بدون تحديد مدة. وبالمقابل، إذا استندنا إلى الفقرة 3 في نهايتها، يولد استمرار علاقة العمل عقداً جديداً. ويمكن التفكير في أن المادة المذكورة تستهدف وضعين؛ الأول ضبط وضع واقعي صرف: الاستمرار الضمني لعلاقة العمل، والقانون يستبعد إوالية التمديد الضمني طالما أنه يعيد وصف العقد، والوضع الثاني، على العكس، يتعلق بإبرام صريح لعقد عمل جديد لا يمكن أن يكون إلاّ لمدة غير محددة بموجب القانون. ويمكن أن يقود هذا التحليل التأويلي إلى الاستخلاص أن التمديد الضمني، لأن مفعوله إنشاء عقد جديد، أصبح أجنبياً عن قانون العمل. يبقى أنه يمكن أيضاً الأخذ بأن القانون، بالأخذ في الحسبان استمرار عقد العمل، يقيم وزناً لمدة العقد الممدد ضمنياً وحسب.

وتنص المادة 11، الفقرة الأولى، من قانون 25 حزيران 1991، في قانون التوزيع، إذ تسن نظاماً جديداً للوكلاء التجاريين، على ما يلي: «العقد لمدة محددة الذي يستمر الفريقان في تنفيذه بعد قدوم أجله يعتبر أنه قد تحوّل إلى عقد لمدة غير محددة». واستخدام الفعل «تحوّل» يبين أن العقد ذاته، المعاد وصفه وحسب، هو الذي يستمر، مما يستبعد بالضرورة التمديد الضمني.

والتمديد الضمني، في قانون التأمينات، منظم شرعاً لمدة قصوى لسنة. ويرد عموماً بند تجديد ضمني في العقود مما يضفي بالضرورة طابعاً صريحاً للإطالة[2]. وهكذا ينشىء التمديد الضمني المنصوص عليه عقداً جديداً بدون أن يؤدي ذلك إلى امتداد العقد الأولي[3]. وفي

= محكمة Douai، 8 شباط 1878، S.81، 2، صفحة 260، الذي استشهد به M.PAGET في أطروحته في الصفحة 54.

(1) كان الفقه يأخذ دائماً بأن التمديد الضمني كان مطبقاً في إجارة الخدمات: انظر M. J.LITTMANN, Le silence et la formation du contrat، أطروحة في ستراسبورغ، طبع على الآلة الكاتبة، 1969، رقم 313 وما يليه، صفحة 482 وما يليها.

(2) انظر حول هذه المسألة M.PICARD et A.BESSON، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 163 وما يليه.

(3) انظر النقض المدني في 26 تشرين الثاني 1929، Dalloz الأسبوعي 1930، 32 والغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4؛ Dalloz 1980، الصفحة 271 من التقرير.

غياب الشرط يكون التمديد الضمني غير ممكن[1].

وينبغي تحديد مدى بند يشترط التمديد الضمني للعقد، قبل تعريف شروط هذا التمديد الضمني ونظامه بصورة عامة.

I ـ مدى بند يشترط التمديد الضمني للعقد

226 ـ إدخال بند يشترط تمديداً ضمنياً يجب أن يفرض طبيعياً إعادة وصف العقد

يتشرط المتعاقدون أحياناً أن يكون العقد ممدداً ضمنياً، لفترات محددة أم لا، في غياب الإعلان عن فترة محددة مسبقاً. ومن البديهي إبداء الدهشة من اشتراط تمديد صريح هو، بحسب تعريفه، ضمني. ويأخذ السيد Larroumet بأن البند هو في اتجاه معين لأنه «لا يعطي كلاً من الفريقين الحق في أن يفرض على الآخر تجديد العقد»[2]. فهذا البند، بالفعل، محدود في تأكيد إمكانية استمرار تنفيذ العقد بعد قدوم الأجل الاتفاقي.

غير أنه يمكن أن يعين شروط هذا الوضع ومفاعيله. فينبغي التفريق بين وضعين. يمكن أن ينص البند على التمديد بدون تحديد، أي بدون تحديد أجل مسقط، أو النص على التمديد مع تحديد عدد فترات التمديد. إن إعادة وصف العقد، في الحالتين، بالنسبة إلى مدته، مفروضة غير أن الاجتهاد، كما سنرى، متناقض.

227 ـ ينص البند على التمديد بدون تحديد، أي بدون تحديد أجل مسقط

يمكن أن يتحلل الوضع الأول بأنه يكوّن عقداً واقعياً بدون تحديد المدة، إلاّ أن الفريقين يعدّان اتفاقياً لإمكانية الفسخ الأحادي الجانب التي هي جوهر هذا النوع من الاتفاقيات[3]

إنه الحل الأكثر استقامة. وقد تبنته محكمة النقض في بعض المواد.

وكان الاجتهاد، قبل الإصلاحات الحديثة لقانون العمل، يأخذ بأن العقد (عقد العمل)، عندما يتوافق الفريقان عن طريق التمديد الضمني على امتدادات متعاقبة، في حال عدم وجود بند يحدد عدد هذه الامتدادات، يغدو لمدة غير محددة[4]. وحكمت الغرفة

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1964، 1965 Dalloz، صفحة 57، تعليق A.BESSON. انظر مع ذلك M. PICARD A.BESSON، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 163، صفحة 165، «على أنه يمكن أن نواجه تمديداً ضمنياً إذا كان المؤمّن قد دفع، عند انقضاء العقد، بدون احتجاج المؤمّن، علاوة جديدة». انظر أيضاً M.J.LITTMANN, Le silence et la formation du contrat، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، في ستراسبورغ، 1969، رقم 296 وما يليه، صفحة 463 وما يليها.

(2) المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 206، صفحة 191.

(3) انظر الرقم 239 اللاّحق.

(4) انظر النقض المدني في 31 آذار 1924، مجلة قصر العدل، 1924، 2، صفحة 15. ـ 4 تشرين الثاني 1931، S.1932، 1، صفحة 24 ـ 15 تشرين الأول 1941، D.C.1942، صفحة 149، تعليق P.VOIRIN ـ الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 حزيران 1964، مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، II، 13798، ملاحظة G.H.C ـ النقض الاجتماعي في 6 أيار 1981، النشرة المدنية، V، رقم 371، صفحة 278. انظر M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء XI، الطبعة =

الاجتماعية في محكمة النقض، في 31 كانون الثاني 1985، «بأن العقد المبرم لمدة محددة بفصل واحد، عدا وجود بند تمديد، يبقى لمدة محددة حتى ولو تجدد للفصول اللاحقة»[1]. على أنها أخذت، في حكم 5 حزيران 1986، بحل مختلف[2]. ليس مهماً أن لا يتضمن العقد بند تمديد ضمني، وما دام أن هناك بين الفريقين عقود عمل متعاقبة لمدة محددة خلال جميع فترات نشاط المؤسسة فإن علاقة العمل هي لمدة إجمالية غير محددة[3]. وينتج اليوم عن التنسيق بين المواد L.-1-122 وL10-3-122، الفقرة 2، والمادة L.15-3-122 من قانون العمل أن بند التمديد الضمني لعقد عمل ذي طابع فصلي لا يحوّل المجموعة إلى عقد لمدة غير محددة[4]. هناك شذوذ عن القاعدة العامة.

مثال آخر: حكمت محكمة النقض في مناسبات عديدة، من أجل تطبيق قانون 2 كانون الثاني 1970، المسمى قانون «Hoguet»، بأن الوكالة القابلة للتجديد إلى ما لا نهاية له بالتمديد الضمني ليست محددة في الزمان وأنها بسبب ذلك مشوبة بالبطلان، ما عدا الفترة الأولى[5].

إنه استدلال مشابه لما أخذت به الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 17 حزيران 1964 التي حكمت «بأن عدد الفترات المتعاقبة، على افتراض أن العقد استمر لفترات متعاقبة لمدة سنة غير مخفضة لكل فترة كما تدعي الشركة، لم يكن محدداً وكانت للعقد مدة كاملة غير محددة»[6]. وينبغي الاستنتاج من أن بند التمديد الضمني المشترط لعدد من الفترات غير المحددة الذي يقود إلى إعادة وصف الاتفاقية واعتبارها عقداً لمدة غير محددة، أن بإمكان الفريقين أن يضعا نهاية لها بحرية ضمن مراعاة بنود العقد، وأن فاعل الخرق لا يتوجب عليه أي تعويض، عدا التحفظ لجهة إساءة الاستعمال[7].

بيد أن محكمة النقض لا تطبق هذه المبادىء دائماً.

= الثانية، تأليف L.G.D.J, A.ROUAST، 1954، رقم 790، ولا سيما التعليق 3. كان الأمر يتعلق بتجنب احتيال على قواعد مهلة الإخطار - وينبغي بيان أن الغرفة الاجتماعية لم تتبع دائماً هذا الموقف المبدئي: حكم الغرفة الاجتماعية في 7 آذار 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 266، صفحة 189.

(1) النشرة المدنية، V، رقم 74، صفحة 52.

(2) النشرة المدنية، V، رقم 285، صفحة 219.

(3) وفي الاتجاه عينه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 18 شباط 1988، النشرة المدنية، V، رقم 115، صفحة 77 و16 شباط 1989، النشرة المدنية، V، رقم 135، صفحة 81.

(4) انظر بهذا المعنى G.LYON-CAEN et S.PÉLISSIER، Droit du travail، الطبعة 16، 1992، رقم 225، صفحة 189.

(5) انظر على سبيل المثال، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 3، صفحة 2.

(6) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 حزيران 1964، مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، الطبعة G، II، 1798، ملاحظة G.H.C.

(7) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1967، Dalloz 1968، صفحة 193، تعليق V. DELAPORTE.

ومن المعروف أن بند التمديد الضمني في قانون التأمينات لا يقود إلى إعادة وصف العقد بالنسبة إلى مدته.

وقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في ما يتعلق بوصف عقد وكيل تجاري، في 27 نيسان 1974[1]، بأن اتفاقية، قابلة للتجديد بالتمديد الضمني كل سنتين، تنص بالنسبة إلى فريق على استعادة حريته عند انقضاء كل فترة مع مراعاة الإخطار المسبق قبل ستة أشهر، يجب أن تعتبر عقداً لمدة محددة. واستمرت في هذه الطريق، في 22 كانون الثاني 1980[2]، بحكمها بأن عقد وكيل تجاري مبرماً لمدة سنة، قابلاً للتجديد سنة بعد سنة بالتمديد الضمني ما عدا إعلاناً يوجهه أحد الفريقين إلى الآخر بكتاب مضمون قبل ثلاثة أشهر من نهاية الفترة السنوية الجارية، واستمر فعلياً مدة إحدى عشرة سنة، يحتفظ دائماً بطابع العقد لمدة محددة. واستنتجت من ذلك أن رفض تجديده لا يفسح في المجال للتعويض.

228 ـ ينص البند على التمديد مع تحديد عدد فترات التمديد

يبدو العقد في هذه الفرضية الثانية أنه في الحقيقة عقد لمدة محددة يحوي إمكانية الفسخ الأحادي الجانب أو الثنائي الجانب المسبق. وكان ذلك حالة الإيجار لـ «ثلاث، ست، تسع سنوات»[3].

ولهذا السبب يقتضي إعلان بطلان وكالة حصرية للبيع خاضعة لقانون 2 كانون الثاني 1970 إذا كانت فترات التمديد الضمني محدودة في الزمان ذلك بأن مجموع المدة الحقيقية للتعهد تتجاوز ثلاثة أشهر. إلاّ أن محكمة النقض لا تسير في هذا الاتجاه طالما أنها قبلت صحة بند تمديد ضمني محدد بتجديد واحد لمدة سنة واحدة[4]. إن ما يبدو أساسياً بالنسبة إلى محكمة النقض هو الطابع المحدد للمدة الإجمالية للوكالة وليس من المهم أن تتجاوز ثلاثة أشهر. والبند المسمى بند التمديد الضمني لا يتوافق في النهاية دائماً مع الحقيقة التي تذكرها الكلمات بالضرورة، بمقدار ما يؤدي استمرار تنفيذ العقد لمدة محددة، حسب كيفياته، إلى إعطاء العقد لمدة محددة وصفاً جديداً.

II ـ شروط التمديد الضمني

229 ـ استمرار العلاقات العقدية بعد الاستحقاق المشترط أصلاً وغياب الإرادة المعاكسة المعبر عنها صراحة أو ضمناً

تنص المادة 1738 من القانون المدني على أنه «إذا بقي المستأجر حائزاً عند انقضاء

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 126، صفحة 101؛ 1975، صفحة 764، تعليق V.DELAPORTE الناقد.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 36، صفحة 28.

(3) بهذا المعنى انظر DELAPORTE، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 767، العمود الأول.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 أيار 1990، النشرة المدنية، I، رقم 95، صفحة 70.

الإيجارات الخطية»، أي لمدة محددة، «يكون هناك إيجار جديد (. . .)».

وقد أكدت محكمة النقض أن التمديد الضمني يرتكز على قرينة إرادة[1] مستقرأة من وضع واقعي يجعل اتفاق الفريقين معقولاً[2]: ويقدر قضاة الأساس هذه القرينة بسيادة[3]، وإنما على من يتمسك بالتمديد الضمني إثبات أن شروطه مجتمعة[4]. وعدم وجود فجوة بين وضع واقعي ووضع قانوني يتيح استخلاص وجود عقد ممدد.

غير أنه كان من المقبول في الإيجار أن استمرار الحيازة لا يكفي إذا كانت العادة أن للمستأجر مهلة معينة لمغادرة الأماكن.

وكما لوحظ في عام 1926 «استمرار تمتع المستأجر خلال مهلة المراعاة الممنوحة له حسب العادة في الأماكن، مع أن القانون لم ينص عليها، لا تدخل بالتأكيد في الحساب من وجهة نظر التمديد»[5]، وقد حكم بهذا المعنى بأن وجود التمديد الضمني يمكن إثباته بمجرد واقعة أن المستأجر كان في الأماكن في يوم انقضاء الإيجار والأيام التي تليه بدون أن يبدي المالك إرادته في تجنب التمديد[6]. بيد أنه كان من الصعب تماماً، في حال عدم وجود نص تشريعي أو تنظيمي، معرفة متى تنقضي هذه الفترة، ولم تكن العادات، في حال غياب التقنين، تمد بأي عون ولا سيما أنها مجهولة أكثر فأكثر، على الأقل من قبل الأفراد بسبب حركية السكان. وكان يعود في النهاية إلى المحاكم تقرير ما إذا كان إشغال الأماكن يمثل مهلة كافية لافتراض تمديد الإيجار، وذلك حسب كل حالة[7].

وقد تعدل هذا الوضع بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 13 تشرين الثاني 1979[8]. وبالفعل حكمت بتعابير مجردة من اللبس بأن إرادة إقامة عقبة أمام التمديد الضمني يجب إبداؤها على الأكثر في يوم قدوم الأجل. ونقضت، بعد أن أوردت أحكام المادة 1738 من القانون المدني، حكماً اكتفى بأن بيّن، لرفض الاستفادة من التمديد

---

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1965، Dalloz 1965، صفحة 472، التعليق A.B ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 14 حزيران 1984، النشرة المدنية، III، رقم 639، صفحة 471.

(2) على أنه جرى الحكم بأن استمرار الإيجار التجاري عن طريق التمديد الضمني عند انقضاء أجله أساسه في القانون وليس في إرادة الفريقين، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 أيار 1991، النشرة المدنية، III، رقم 139، صفحة 81. وهذا التعيين المتنازع فيه لأن التمديد الضمني لا يمكن أن يسوّغ إلاّ بإرادة الفريقين ليس، في الحقيقة، سوى وسيلة دعم لتسويغ التطبيق الفوري لقانون جديد على إيجار تجاري مستمر لدى انقضاء أجله. انظر المدخل العام رقم 370 والتعليق 12 ـ 2، رقم 380، ولا سيما التعليق 49 ـ 1.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 أيار 1973، النشرة المدنية، III، رقم 348، صفحة 252.

(4) J.RADOUANT المذكورة سابقاً رقم 16.

(5) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66.

(6) الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1949، Dalloz 1949، صفحة 49 من الموجز.

(7) حكم محكمة استئناف Douai في 3 كانون الأول 1894، Dalloz الدوري 96، 2، صفحة 271.

(8) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية، III، رقم 199، صفحة 156.

الضمني، «بأن المؤجرين، بالإنذار بإخلاء الأماكن المرسل في 17 آذار 1977» (أي بعد أسبوع فقط من انقضاء الإيجار في 28 شباط 1977)، «أبدوا بوضوح إرادتهم في عدم تجديد الإيجار الذي انتهى حكماً عند انقضاء الأجل بدون أن تكون هناك حاجة إلى الإخطار». وفي عرف محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف «بالحكم على هذا النحو، بدون البحث عما إذا كان المؤجرون قد أبدوا قبل انقضاء الإيجار أو عند انقضائه، إرادتهم في استبعاد التمديد الضمني»، لم تعط حكمها الأساس القانوني.

ويتعارض هذا الاجتهاد مع رأي بعض المؤلفين الذي دعمه بعض المحاكم الأدنى[1]، وبمقتضاه يمكن إرسال الإخطار بشكل مفيد بعد انقضاء الإيجار[2].

والحل المقبول اليوم في القانون العام للإيجار يلتحق بالقواعد المطروحة في مختلف الأنظمة الخاصة بالإيجارات التجارية والريفية، ومنذ وقت أحدث الإيجارات للسكن، التي تتطلب عملياً في الحالات جميعاً إبداء الإرادة قبل انقضاء الإيجار لاستبعاد التمديد الضمني أو التجديد الآلي للإيجار الأولي. وهو متوافق مع إرادة المشترع المعاصر بمنح امتياز لصالح المستأجرين على حساب مصالح المؤجرين.

غير أن مسألة معرفة ما إذا كان هذا التطلب يمكن أن يطبق على عقود غير عقود الإيجار التي لم يبد المشترع إرادته في شأنها تبقى مطروحة. ويبدو أن الاجتهاد تجاهها وقد نما في صدد الإيجار قبل التطور التشريعي المعاصر يمكن أن يبقى مطبقاً. وينبغي عند ذلك أن يكون استمرار تنفيذ العقد متابعاً خلال برهة من الزمن متروكة لتقدير المحاكم لكي يمكن الاستنتاج أن إبداء الإرادة المعاكسة والمتأخرة لا يمكن أن يؤدي إلى إعادة النظر في التمديد الضمني الحاصل.

230 ـ هل يكفي مجرد السكوت لإثبات تمديد العقد؟[3].

طرحت هذه المسألة في مجال الإيجار. ويبدو الجواب سلبياً بداهةً فقد رفض الاجتهاد

---

(1) محكمة استئناف Douai، 3 كانون الأول 1894، D.P.96، 2، صفحة 271، استشهاد M.-J.LITTMANN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 461، التعليق 58.

(2) انظر تعليق M-J. LITTMANN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 293، صفحة 461. وقد لاحظ المؤلف: «عندما تثابر المحاكم على البحث عن الإرادة الضمنية وإنما الأكيدة للمؤجر في الموافقة على إجارة جديدة وترى نتيجة لذلك أن سكوته وحده غامض جداً ولا يمكن إقامة وزن له، لا يكون عدم وجود تحديد لمدة هذا السكوت مزعجاً» (رقم 294، صفحة 462).

(3) انظر العرض الشامل بهذه المسألة المنازع فيها M.-J.LITTMANN الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 281 وما يليه، صفحة 444 وما يليها. يعتبر هذا المؤلف أن مجرد سكوت المؤجر يساوي قرينة التمديد الضمني. ويلخص نظريته كما يلي: «إن المادة 1738 تفترض أن سكوت المؤجر يساوي الموافقة على التمديد الضمني للعقد، ولكن يجدر أن يجد المؤجر مخرجاً؛ والمادة 1739 تقدم هذا المخرج، وهي لا تدله على وسيلة أكيدة للتملص من قرينة المادة 1738 وحسب، وإنما تقلبها أيضاً. بما أن المؤجر أخطر المستأجر بالإخلاء فإن هذا الأخير يفقد الاستفادة من التمديد الضمني إلاّ أن يتمكن من إثبات أن المؤجر عدل بدون أي لبس ممكن عن الاستفادة من الإخطار بالإخلاء (رقم 289، صفحة 457).

أن يقيم وزناً لمجرد السكوت الذي التزمه المؤجر عند انقضاء الأجل[1]. ينبغي إذاً لتسويغ التمديد الضمني التعليل بالطريقة التالية: كان الإشغال غير المتقطع للشاغل بصفة مستأجر يترجم إيجابياً إرادته في البقاء في أماكن الإيجار. وهناك علاقة[2] يمكن تحليلها كإيجاب. فقبول المؤجر يتجلى في تنفيذ العقد الذي كان يترجم بواقعة تأمين متع المستأجر الهادىء وقبول بدل الإيجار فالمالك تصرف بصفة مؤجر.

ولا يمكن في هذه الرؤية استنتاج التمديد الضمني من مجرد السكوت «وإنما من نتيجة الأعمال الإيجابية التي أنجزها الفريقان والتي تفترض نية معينة»[3]. والإثبات هو أن السكوت الذي التزمه المؤجر والناتج عن جهله بقاء المستأجر في الأماكن يدمر القرينة[4].

ويبدو أن الحكم الذي أصدرته الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 13 تشرين الثاني 1973[5] قد فرض إبداء لإرادة المؤجر سابقاً لانقضاء الإيجار لتجنب التمديد الضمني. وهكذا يتناقض هذا الحكم مع فكرة كون السكوت لا يكفي لإثبات وجود إرادة المؤجر بالموافقة على إيجار جديد. يبدو إذاً أن الاجتهاد الحديث هو في الاتجاه الذي تمنته السيدة Littmann[6].

وفي الحقيقة لا تتيح التوافقية التي تتعلق بها محكمة النقض تفسير حلول القانون الوضعي. وقد لاحظت السيدة Littmann بصواب أنه، في معظم العقود، إذا تصرف أحد المتعاقدين إيجابياً، فإن الآخر يلتزم السكوت، على الأقل لمدة من الزمن[7]. ففي عقد الاشتراك مثلاً يرسل الناشر مجلاته إلى الزبون الذي يبدي موقفاً سلبياً محضاً. ولا تتجلى إرادته إلا لاحقاً عندما يدفع مبلغ الاشتراك. وهكذا ثمة فترة لا يمكن خلالها افتراض الرضا. ويتوخى المؤلف، بتبني التحليل الذي اقترحه السيد Comerlynck تسويغ تعميم التمديد الضمني بمفهوم الثقة. «إذا طبقنا الأساس الذي اعتمده العديد من المؤلفين، وهو أساس الرضا الضمني، فلن يكون للسكوت سوى قيمة سلبية. وبخلاف ذلك يؤدي اللجوء إلى الثقة المشروعة إلى تجديد العقد الذي انقضت مدته»(...). «وعندما لا يستدعي أي شيء في العلاقات السابقة الأستياء أو الريبة أو مجرد تلف مناخ الثقة التي أوحت بإبرام العقد

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1949، المذكور سابقاً.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 397.

(3) P.GODÉ, Volonté et manifestations tacites منشورات PUF، 1977، مقدمة PATARIN، رقم 23، صفحة 33.

(4) انظر حول هذه القاعدة J.RADOUANT المذكور سابقاً، رقم 12.

(5) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1979، النشرة المدنية، III، رقم 199، صفحة 156.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً. «إننا باقون مقتنعين بأن سكوت المؤجر، سكوته وحده، المقترن بوجود المستأجر في الأماكن المؤجرة يمكن أن ينشىء عقد إيجار جديد» (رقم 294، صفحة 462 وصفحة 463).

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 317، صفحة 485.

الأولي، يمكن استخلاص التجديد، وذلك لأن المتعاقد المجدّ كان معداً للاعتقاد بهذا التجديد وبدرجة أقل لأن الظروف تتيح افتراض رضا الفريقين في هذا الاتجاه»[1].

231 ـ إبداء النية المعاكسة يدمر قرينة المادة 1738 من القانون المدني.

إن المادة 1739 من القانون المدني تقدم مثلاً على ذلك: «عندما يكون هناك إخطار مبلغ لا يستطيع المستأجر، ولو استمر في تمتعه، التذرع بالتمديد الضمني».

لا يمكن أن يقود الوضع الواقعي، في القانون العام، ما أن يدل أي سبب كان على أن الرضا المتبادل عن عقد جديد غير موجود، إلى الاعتراف بوجود عقد ينشئه التمديد الضمني. وبمقتضى صيغة قديمة لمحكمة النقض: «تنتهي القرينة عندما تقاومها الوقائع وتثبت أن المزارع أو المستأجر لم يبق في التركة إلا بسلطته الخاصة وضد رغبة المؤجر»[2].

وهكذا جرى الحكم بأن قبول المؤجر المبالغ التي أرسلها المستأجر إليه مقابل الانتفاع بالأماكن رغماً إرسال إخطار لا يمكن أن يثبت لوحده وجود عقد جديد في حين أن المؤجر لاحق طرد المستأجر وجدد إخطاره[3].

إن إدخال بند عدم إمكانية التجديد في العقد عند الاستحقاق هو، نظرياً، عقبة مانعة للإوالية[4]. والأمر كذلك بالنسبة إلى بند يخضع التجديد لإبداء صريح للإرادة. وهذا ما ينتج عن حكم صدر في 17 تشرين الثاني 1992[5] عن الغرفة التجارية في محكمة النقض. فبعد أن بيّن أن عقداً مبرماً لمدة سنة اشترط أن تجديده لا يمكن إلاّ أن يكون صريحاً، استنتج من ذلك «أن تجديد هذا العقد، عدا وجود تعديل ـ غير متذرع به ـ لاتفاقهما حول هذه النقطة قبل قدوم الأجل، لا يمكن استنتاجه من مجرد مسلك الفريقين»، وفي مثل هذه الحالة متابعة العلاقات التجارية بين الفريقين خارج الأجل المحدد.

إن كون الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قد قبلت، وهي تحتمي وراء نية الفريقين المشتركة التي تثبت منها قضاة الأساس، كون علاقات الأعمال المستمرة بعد نقض نظامي للعقد لمدة محددة قابلة للتجديد بتمديد ضمني يمكن أن تكون خاضعة لاشتراطات العقد بعد انقضاء مدته[6] لا يتناقض مع هذا التحليل: حتى ولو أخضع الفريقان العلاقات

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 319، صفحة 488، وصفحة 489.

(2) نقض بمناسبة عريضة في 9 شباط 1875، D.P.76، 1، صفحة 27.

(3) الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تموز 1945، مجلة قصر العدل، 1945، 2، صفحة 109؛ 1946 Dalloz، صفحة 4 من الموجز.

(4) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 3 أيار 1979، النشرة المدنية IV، رقم 140، صفحة 111؛ 1979 Dalloz، صفحة 384.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 356، صفحة 253؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I,G، 3660، صفحة 129 وصفحة 130، ملاحظة M.BILLAU.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، I، رقم 253، صفحة 167.

الجديدة لاشتراطات العقد السابق، إذ لم يتوخيا إبرام عقد جديد؛ والأمر لا يتعلق إلاّ بعلاقات واقعية يمكن إنهاؤها في أي وقت.

232 ـ تفرض القوانين الخاصة بمختلف العقود عادة نمطاً شكلياً للاعتراض على التمديد الضمني أو على التجديد.

تنص المادة 5، الفقرة 2، من مرسوم 30 أيلول 1953، بالنسبة إلى الإيجارات التجارية على أن الإيجار الخطي، في حال عدم وجود إخطار، يستمر بتمديد ضمني خارج الأجل المحدد في العقد وفقاً للمادة 1238 من القانون المدني. على أن هناك شكاً في أن المقصود هو تجديد ضمني حقيقي؛ ذلك بأن الإيجارات، حسب المادة 5، الفقرة الأولى، من المرسوم «لا تنقطع إلاّ بفعل الإخطار». فقد لوحظ إذاً أن «نظام التمديد الضمني لإيجار يسوسه مرسوم عام 1953 لا يمكن أن يكون «الإيجار الجديد» الذي ينشئه قصور الفريقين حسب المادة 1738 من القانون المدني»[1]. وقد حكمت محكمة النقض بأن الإيجار، في حال عدم وجود إخطار، يستمر بلا قيد أو شرط وليس هناك عقد جديد[2].

أما بالنسبة إلى إيجارات السكن فإن المادة 9، الفقرة 4، من قانون 23 كانون الأول 1986 تنص على ما يلي: «في حال عدم وجود إخطار أو اعتراض على تجديد عقد الإيجار المبرم ضمن شروط الشكل والمهلة الواردة في المادة 140، يمدد العقد الذي حل أجله ضمنياً لمدة ثلاث سنوات»[3]. ذلك إذاً إبداء «موصوف» للإرادة مفروض لكي يشكل عقبة أمام الإيجار الجديد الضمني. وليس ثمة أي عقبة أخرى. ولذلك من المسموح به التفكير في أن هذا النص ينشىء في الحقيقة إجراء عدم تجديد الإيجار غير الإكراهي بما فيه الكفاية مع ذلك، لأن المؤجر ليس عليه أن يسوّغ رفضه التجديد.

وقد ألغى القانون رقم 89 ـ 462، تاريخ 6 تموز 1989، النازع إلى تحسين العلاقات الإيجارية والمعدل للقانون رقم 86 ـ 1290، تاريخ 23 كانون الأول 1986[4]، الفصول من I إلى IV من هذا القانون الأخير. ولا أحد يجهل أنه مرتبط بتغير الأكثرية السياسية التالية للانتخابات الرئاسية لعام 1988. وأصبح المستأجر، كما في قانون 22 حزيران 1982، يملك حقاً حقيقياً في تجديد عقده، أي أن المؤجر ملزم بتعليل الإخطار (المادة 15 ـ 1). وتنص المادة 10، الفقرة 2، على ما يلي: في حال عدم وجود إخطار

---

(1) P.GALLAND, La tacite reconduction dans les baux réglementés، مجلة قصر العدل، 1979، الفقه، I، صفحة 176.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 شباط 1975، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53؛ مجلة بدلات الإيجار 1975، صفحة 248 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تموز 1980، النشرة المدنية، III، رقم 138، صفحة 102.

(3) انظر حول هذا النص J.-L.AUBERT, Quelques remarques sur le mécanisme de la tacite reconduction dans la loi du 23 décembre 1986، Defrénois 1987، البند 33901 صفحة 281.

(4) مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، III، 62913.

وفقاً لشروط الشكل والمهلة الواردة في المادة 15، يمدد عقد الإيجار الذي جاء أجله ضمنياً لمدة مساوية لمدة العقد الأولي أو إذا كانت مدة الإيجار الأولي أدنى، تكون المدة على الأقل مساوية للمهل المحددة في الفقرة الأولى من هذه المادة». وتبقى الملاحظات المقدمة في ما يتعلق بالمادة 9، الفقرة 4، من قانون عام 1986 في محلها. إنه دائماً إجراء عدم تجديد جرى إنشاؤه.

على أنه يمكن التعليق بأن صياغة الفقرة الثالثة من المادة 10 ناقصة على الأقل. فهذا النص جاء كما يلي: «في حال عدم وجود إخطار أو تمديد ضمني، يجدد العقد المنتهي لمدة تساوي على الأقل المهل المحددة في الفقرة الأولى من هذه المادة (...)». ولا نرى أي وضع يمكن أن يحميه هذا النص بسبب وجود حق في التجديد، وهذا النص الحشوي يترجم إرادة المشترع في عام 1989 في فرض التجديد في الحالات جميعاً في غياب إخطار معلل.

233 ـ تأثير الفسخ الودي للعقد قبل حلول الأجل.

ينبغي الافتراض أن الفريقين، قبل حلول الأجل، فسخا العقد حبياً، والمستأجر مع ذلك ما زال حائزاً.

وقد قلبت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 29 تشرين الثاني 1972[1]، أن الفسخ الودي الذي بقي «حبراً على ورق» بسبب بقاء المستأجر في الأماكن، وقيامه بدفع «بدل الإيجار» وتحقيق العديد من التوظيفات، وصفة «رجل الأعمال اليقظ» للمالك، كان بلا مدى. وكان التمديد الضمني ممكناً إذن. والعدول عن التباين المتبادل Mituus dissensus يبدو هكذا صحيحاً. ومن الصحيح أن المستأجر استمرت حيازته خلال عشرين اعتباراً من الفسخ الحبي.

وقد اعتمدت الغرفة ذاتها في محكمة النقض حلاً مختلفاً في 14 حزيران 1984[2] في هذه العبارات: «إن التمديد الضمني الذي يفترض وجود إيجار خطي جاء أجله يرتكز على قرينة إرادة الفريقين، والحكم الذي تثبت من وجود فسخ ودي للإيجار لم يكن ملزما بالإجابة على الطلبات المجردة من المدى» والذي أخذ بأن الموقف السابق للمؤجر كان يساوي تمديداً ضمنياً وبالتالي عدولاً عن التمسك بالفسخ.

ويقتضي تحديد مدى هذا القرار. أن التمديد الضمني، كما بينت محكمة النقض، يرتكز على قرينة إرادة ناتجة عن الاستمرار الواقعي للعلاقات العقدية اللاحقة لاستحقاق الأجل. وهذا يعني الأجل المشترط سابقاً[3]. وليس التباين المتبادل مبرماً على وجه العموم قبل استحقاق الأجل وحسب وإنما هو يكشف بصورة خاصة نية المتعاقدين في فسخ

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 639، صفحة 471.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 93.

(3) على نقيض ذلك M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 61 ـ G.THOMAS، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 35.

اتفاقيتهما. فقرينة الإرادة قد هدمت إذن. ومتابعة الإشغال الواقعي الصرف لا يمكن بالتالي أن تتحلل كتمديد ضمني. على أنه تم الأخذ، في القضية الراهنة، بأن المؤجر قد عدل عن التمسك بالفسخ الودي، والحال أن العدول الذي هو تنازلي صرف ينتج مفعولاً رجعياً. فلم يعد من الممكن نظرياً الأخذ في الحسبان العدول الودي. ولا يمكن فهم هذا الحكم، وفقاً لهذه المبادىء، إلاّ بالأخذ بأن متابعة إشغال الأماكن الواقعي قد تم في حين أن الاستقاق الأولي للإيجار لم يكن قد جاي بعد كان هناك مجرد استمرار للعقد الأولي. غير أن الوقائع التي يسردها الحكم لا تتيح مع الأسف أن الأمر كان على هذا النحو، فتواريخ الأعمال لم تكن محددة، حتى أن ثمة شكاً في أن التحليل المقترح هو التحليل الذي اعتمدته محكمة النقض والذي يؤكد بالفعل أن قضاة الأساس غير ملزمين بالإجابة على وسيلة الدعم المستخرجة من العدول عن التمسك بالتباين المتبادل «المجرد من المدى». وهذا يعني أنه بلا تأثير وبالتالي لا يعدل حل النزاع. ينبغي إذاً التوجه نحو طريق أخرى. إن محكمة النقض تعتبر بالضرورة أن التباين المتبادل لا يمكن الرجوع عنه بالتمديد الضمني، وإنما باتفاقية جديدة وحسب. ويبدو أن الغرفة المدنية الثالثة قد استوحت المادة 1739 من القانون المدني التي بمقتضاها «عندما يكون هناك إخطار مبلغ بالإخلاء لا يستطيع المستأجر، رغماً عن استمراره بالانتفاع، التمسك بالتمديد الضمني».

إن حلاً كهذا، في عموميته، قابل للمنازعة فيه. ليس ثمة أي نص قانوني يمنع المتعاقدين من العودة إلى اتفاق فاسخ حتى إلى العدول عن التمسك به. بيد أنه من المقبول أن لا يعتبر الإخطار عقبة تمنع التمديد الضمني[1]، فيكون من المنطقي الأخذ بأن الفسخ الحبي يمكن اعتباره عديم المفعول فيتيح استمرار الإشغال في الاستحقاق المشترط سابقاً إذاً فعالية التمديد الضمني. غير أننا سبق أن رأينا أن القانون الوضعي هو في اتجاه مختلف.

وكما لوحظ سابقاً ينبغي أن تكون إرادة عدم إعمال التمديد الضمني جلية قبل انقضاء الإيجار. غير أن هذه الإرادة التي جرى إبداؤها في الوقت المناسب يجب أن تكون لها فعالية تامة بدون أن يكون للتمسك بالوضع الواقعي قيمة عدول يمكن التذرع به.

---

(1) انظر J.- C. GROSLIERE، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V الإيجار (1987)، رقم 669 ـ M. PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 93. ويبين المؤلف قصده: يشكل الإخطار المسلم بعد قدوم الأجل وإنما قبل استحقاق الفترة التي لا يكون التمديد خلالها قد جرى اكتسابه عقبة نهائية أمام التمديد الضمني (صفحة 92). أضف إلى ذلك، إيجار الأموال الريفية، التمديد الضمني ـ الإخطار ـ المهلة، مقالة مغفلة، يوميات الكتابة العدل، 1895، البند 25610، صفحة 129 وما يليها. وعلى نقيض ذلك G.THOMAS، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 44، التعليق رقم 59. لا يأخذ المؤلف إلاّ بأن تكون الموافقة الصريحة للمرسل إليه الإخطار حرمان التمديد الضمني من المفعول.

III ـ نظام التمديد الضمني

234 ـ العقد الممدد ضمنياً هو عقد جديد.

هذه القاعدة التي ناقشها الفقه[1] أكيدة في القانون الوضعي[2].

وقد نقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 13 آذار 1990[3]، لانتهاك المادة 1134 من القانون المدني، حكماً حكم بأن عقد تأمين «مجدداً سنة فسنة لم يكن يشكل سوى اتفاقية واحدة ووحيدة». وكذلك ذكّرت بأن «التمديد الضمني لا يؤدي إلى امتداد العقد الأولي وإنما يولد عقداً جديداً».

إن قدوم الأجل يضع نهاية للعقد الأولي لأنه كان لمدة محددة[4]، فالعقد استنفذ مفاعيله. وينتج عن ذلك أن العقد الجديد خاضع للقانون النافذة في يوم التمديد وليس في يوم العقد الأصلي. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى تقدير أهلية الفريقين.

على أن مبدأ جدة العقد الممدد لا يعني بسبب ذلك أنه خاضع للمعاملات المفروضة لدى إبرام العقد الأولي.

وهذا ما جرى الحكم به في شأن علنية عقد الإجارة الإدارية بالنسبة إلى مؤسسة تجارية أو مؤسسة حرفية (المادة 8 من قانون 20 آذار 1956) ومفعولها إبراء المؤجر من موجبه تجاه

---

(1) انظر على سبيل المثال R.DEMOGUE الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 130، العمود الأول والعمود الثاني، حيث يرى أن «التمديد الضمني ليس عقداً جديداً وإنما فعل تأجيل الأجل الأولي إلى تاريخ لاحق. إنه مجرد تعديل للاتفاقية». هناك إذاً عدول عن الأجل المسقط. بيد أنه من المعروف أن العدول عن حق في القانون الوضعي لا يفترض افتراضاً ولا يمكن أن ينتج عن السكوت، انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53. وقد لاحظت السيدة Littmann أن مذهب Demogue «يصطدم بالقاعدة التي بمقتضاها لا يمكن أن يؤدي السكوت وحده إلى تعديل شروط عقدية، إذ إن عدم وجود احتجاج ليس كافياً لإنتاج هذا المفعول» (Le silence et la formation du contrat، أطروحة في ستراسبورغ، طبع على الآلة الكاتبة 1969، رقم 277، صفحة 441)، من الأفضل إذاً تقدير أن تدوم الأجل المسقط ينتج مفعوله التام، وإن الفريقين، بإبداء إرادتهما ضمنياً عن طريق أعمال مادية في التنفيذ، أرادا الالتزام برباط عقد جديد.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 13 آذار 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 77، صفحة 52 (عقد تأمين) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 8 شباط 1984، النشرة المدنية، III، رقم 33، صفحة 26 (إيجار الأرض الزراعية) ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4 (عقد تأمين) ـ 18 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، I، رقم 21، صفحة 19 (بند تمديد ضمني، عقد تأمين) ـ الغرفة المدنية الثالثة 13 تشرين الثاني 1985، النشرة المدنية، III، رقم 141، صفحة 108 (إيجار ريفي بمنجى من نظام أجرة الأرض الزراعية) ـ الغرفة المدنية الأولى، 17 تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 220؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 397، ملاحظة Fr.CHABAS ـ نقض بمناسبة عريضة في 9 شباط 1875، Dalloz 76، صفحة 27.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 77، صفحة 52، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 464، رقم 2، ملاحظة J.MESTRE.

(4) انظر بهذا المعنى J.RADOUANT المذكور آنفاً، رقم 17.

الدائنين. ويمكن التفكير، طالما أن التمديد الضمني ينشىء عقداً جديداً، ان إتمام معاملات العلنية ضروري. ففي 7 تموز 1966 حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بعكس ذلك بعبارات واضحة بصورة خاصة[1]: «لا تفرض المادتان 2 و8 من قانون 20 آذار 1956، اللتان تفرضان نشر عقد الإجارة الإدارية، وتنصان على مسؤولية مالك العقار التضامنية في صدد الديون الناجمة عن استثمار المدير خلال الأشهر الستة التي تلي هذا النشر، في حالة التمديد الضمني للعقد، نشراً جديداً ولا تقيم فترة ستة أشهر جديدة بالنسبة إلى مسؤولية المؤجر». وقد أخذت بهذا الحل المبدئي من جديد الغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 آذار 1992[2] بعد أن بينت فقط أن هذا الإعفاء خاضع لغياب تعديل في شخص المستثمر وفي طبيعة الاستثمار.

235 ـ شروط العقد الممدد وهي، من حيث المبدأ، مماثلة لشروط العقد القديم

تبقى الموجبات جميعاً التي التزم بها الفريقان قائمة: «المبدأ أن الفريقين يستمران مرتبطين باشتراطات العقد الأصلي عندما يستمران في التنفيذ بالتمديد الضمني خارج الأجل المتفق عليه»[3]، إذ يستمر بند الفسخ والبند الذي يحدد كيفيات دفع بدل الإيجار المدخلة في الإيجار الأولي في التطبيق على وجه الخصوص[4]. والقاعدة مستنتجة من المادة 1759 من القانون المدني التي تنص على أن المستأجر من المفترض أنه يشغل الأماكن «بالشروط عينها».

وقد حكمت المحكمة المدنية في سين بأن الوعد بالبيع المدخل في إيجار ويعطي المستأجر حق اكتساب المال المؤجر خلال تنفيذ هذا الإيجار يغدو عديم المفعول عند قدوم الأجل بحجة «أن إقدام الزوجين K. . . على ترك الأماكن المؤجرة في الحيازة له مفعول قيام إيجار جديد (. . .) وليس امتداد مفعول الوعد بالبيع الذي ليس من جوهر عقد الإيجار ولا من طبيعته»[5]. وقد جرى إبراز أن اتفاقية ما يمكن أن تتضمن. اشتراطات مستقلة وأن الوعد بالبيع لم يكن قابلاً لأن يكون موضوع تمديد ضمني. على أن الوعد إذا كان شرطاً حقيقياً في الإيجار فإنه ينبغي أيضاً أن يحافظ عليه[6]. وقد لقي هذا الرأي ضمان محكمة النقض[7].

---

(1) D.1966، صفحة 555؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، الطبعة II.G، 14842، تعليق J.NECTOUX؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1966، صفحة 908، ملاحظة A.JAUFFRET.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 104، صفحة 76.

(3) النقض الاجتماعي في 27 نيسان 1964، D.1965، صفحة 214، تعليق A.ROUAST.

(4) النقض التجاري في 16 أيار 1953، S.1953، ولا سيما صفحة 81.

(5) المحكمة المدنية في سين، 9 آذار 1912، يوميات الكتابة العدل، 1913، البند 30540، صفحة 74.

(6) M.PAGET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 173 وصفحة 174.

(7) النقض بمناسبة عريضة في 15 أيار 1922، مجلة بدلات الإيجار، 1922، صفحة 449.

236 ـ النقاش حول مدة العقد الممدد

ثمة فكرة منتشرة يكون بمقتضاها العقد الممدد لمدة غير محددة بالضرورة إلاّ أن ينص القانون على خلاف ذلك. فقد رأى Radouant مثلاً أن: «العقد الجديد ليس لمدة محددة مساوية لمدة العقد الأولي؛ إنه عقد لمدة غير محددة»[1].

إن هذا التأكيد لا يحمل على الانتقاد. غير أن بعض المؤلفين رأى أنه من الملفت، إن لم يكن من غير المنطقي، الاعتبار أن الفريقين أرادا الحفاظ على شروط العقد المنقضي باستثناء الشرط المتعلق بالمدة. فالعقد كلٌ ومن التعسفي على الأقل فصل الاشتراطات تحت غطاء إرادة مفترضة[2]. ولا يمكن أن يسوّغ الاستثناء إلاّ بإرادة تقليص سيئات تفسير غير صحيح للإرادة[3]. فحرية الفريقين مصانة طالما أن كلاً منهما يملك حق الفسخ الأحادي الجانب.

من الصحيح أن بعض الأحكام أخذ بأن التمديد الضمني يتم لمدة غير محددة[4]. بيد أنه لوحظ أن التمديد الضمني للإيجار لا يتحقق بالضرورة لمدة غير محددة[5].

ويظهر أن مدة العقد الممدد ضمنياً غالباً ما يستنتج من نية الفريقين المشتركة. ويمكن أن نقرأ في حكم رد بتاريخ 20 تشرين الأول، 1982[6] التعليل التالي: «ولكن من حيث أن محكمة الاستئناف، التي لم تتناقض مع نفسها في تقدير نية الفريقين المشتركة بسيادة، أخذت في حكم معلل بأن العقد الأولي كان قد تجدد ضمنياً سنة بعد سنة، فكانت لدى الفريقين إمكانية العدول عن التجديد عقب كل من الفترات السنوية» كما جرى الحكم استناداً إلى نية الفريقين المشتركة بأن التمديد الضمني للوكالة يتم لمدة غير محددة[7]. وعليه لا يمكن إلاّ تأكيد وجود قرينة عدم التحديد.

بيد أن رجوع الاجتهاد إلى نية الفريقين المشتركة منازع فيه. فبما أن نية الفريقين المشتركة، بحسب تعريفها، غير معبر عنها، فإن التذرع «بنيتهما المشتركة» يقود إلى نتائج تنجيمية. فالقاضي في الواقع يُحلّ إرادته محل إرادة الفريقين. إنه يقولب اتفاق الفريقين تبعاً

(1) المذكور آنفاً، صفحة 20. إضافة إلى J.AZÉMA، الأطروحة السالفة الذكر رقم 297 وما يليه، وفي عرفه يكون العقد الممتد قد تحول، من حيث المبدأ، بهذا الواقع، إلى عقد لمدة غير محددة. انظر في الاتجاه عينه B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس II، 1973، طبع على الآلة الكاتبة، رقم II ـ 65، صفحة 191.

(2) انظر M.-J.LITTMANN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 334، صفحة 504 وما يليها، والمؤلفين المستشهد بهم.

(3) M.-J.LITTMANN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 334، صفحة 506 وصفحة 507.

(4) النقض الاجتماعي في 5 أيار 1961، النشرة المدنية، IV، رقم 468، صفحة 379.

(5) انظر الرقم 196 السابق وما يليه.

(6) النقض التجاري في 20 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 324، صفحة 273.

(7) النقض التجاري في 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 55.

لمفهومه الخاص. وليس من المبالغ فيه التأكيد أن ثمة قدراً من الكيفي.

فهل ينبغي، في هذه الأوضاع، بحكم القانون الذي ينشده الفريقان، أن نأمل طرح قرينة ما؟ وهل يمكن، في حالة الإيجاب، الأخذ بأن العقد جرى تمديده لمدة محددة أو غير محددة؟ إن هاتين المسألتين متشابكتان بشكل وثيق. يكاد من الضروري التذكير بأن العقد لمدة محددة له فائدة تأمين الأمن للمتعاقدين طالما أنه ليس في استطاعتهما التحرر من رباط العقد قبل قدوم الأجل. وبالمقابل تؤمن الحرية المعترف بها لكل من الفريقين في التحرر في أي وقت، الحرية الفردية. فهل يجب، من وجهة النظر هذه، تغليب الاستقرار على الحرية أم العكس؟

لا يمكن تقديم جواب إجمالي. غير أنه يمكن صياغة بعض الاقتراحات. يبدو من المأمول به في أول الأمر التخلي عن النظام الحالي الكيفي أكثر من اللازم. يمكن إذاً من حيث المبدأ، قبول الرجوع إلى قرينة ما شرط أن تكون ممتدة بصورة معقولة.

وهكذا يمكن تبني قرينة عدم تحديد لهذا النموذج من العقود وليس لنموذج آخر. إن الصعوبة كلها ترتكز على تحديد المعيار الذي تستند إليه القرينة. وقد سبقت مواجهة هذه الصعوبة في تحديد المدة الأصلية للعقد[1]. وبما أن الفريقين سكتا في شأن المدة، يمكن أن يقترح على القاضي تبني الاستدلال التالي: هل من المفيد اجتماعياً ومن المتوافق مع عدالة المعاوضة أن يكون العقد الممدد ضمنياً لمدة مساوية لمدة العقد الأولي؟ إن حل النزاع يتوقف على الجواب على المسألة. ويمكن أن يكون مسعى من هذه الطبيعة إجمالياً أو خاصاً، أي أن يتعلق بعقد مسمى، كعقد الإيجار مثلاً، وإقامة وزن للعقد المنازع فيه وحسب. ويبدو الاختيار الأول مفضلاً بمقدار ما يقلص مجازفة التعسفي المبينة سابقاً. بإمكان محكمة النقض إذاً، من عقد مسمى إلى آخر، أن تطرح القرينة الأكثر ملاءمة.

237 ـ مصير الضامنين

تنص المادة 1740 من القانون المدني على أن «كفالة الإيجار لا تمتد إلى الموجبات الناجمة عن التمديد». ومن المقبول أن تعمم هذه القاعدة على جميع فرضيات التمديد الضمني وعلى جميع التأمينات[2]. إن الكفيل، طالما أن التمديد الضمني يتحلل كعقد جديد يبقى الكفيل أجنبياً عنه، لا يمكن أن يكون ملزماً خارج تعهده[3]. فالأجل المسقط فعّال تماماً في مكانه.

(1) انظر الرقم 204 السابق وما يليه.

(2) انظر: Ch.MOULY, Les causes d'extinction du cautionnement، مقدمة M.CABRILLAC، منشورات Litec، 1979، رقم 266، صفحة 344، وما يليها.

(3) انظر بهذا المعنى الواضح بصورة خاصة، حكم محكمة فرساي، 22 تشرين الثاني 1991، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 217، صفحة 167، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 556، رقم 1، ملاحظة S.MESTRE.

إلاّ أنه جرى التساؤل عما إذا كان المدين ملزماً بتقديم كفيل جديد. وقد جرى الأخذ بأن الكفالة كانت شرطاً للعقد الأولي. والحال أنه من الإنصاف، طالما أن جميع شروط الإيجار محافظ عليها من حيث المبدأ، أن يلزم المدين بتقديم تأمين معادل. وفي حال عدم تقديم هذا التأمين يمكن اللجوء إلى فسخ العقد[1].

هل يمتد التضامن إلى الموجبات الناشئة عن التمديد الضمني؟ لقد رؤي أن القاعدة، إذا كانت الكفالة المقدمة للإيجار لا تمتد إلى ضمان الموجبات التي ولّدها التمديد الضمني، لا تطبق على الحالة التي يكون فيها التضامن مشترطاً بين المستأجرين المتحدين الذين يستثمرون في الانتفاع من الشيء المؤجر[2].

(1) M.PAGET، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 175 وما يليها، بالتعليل استناداً إلى فرضية الإيجار وحسب.

(2) النقض المدني في 26 تشرين الأول 1898، D.P.99، صفحة 129، التعليق T.P؛ S.99، 1، صفحة 444، يوميات الكتابة العدل، 1899، البند 26829، صفحة 349.

القسم 2

العقود لمدة غير محددة

238 ـ مبدأ حق الفسخ الأحادي الجانب في العقود لمدة غير محددة.

تم تقديم حق الفسخ الأحادي الجانب كعمل قانوني أحادي الجانب يضع نهاية للاتفاقية[1]. وهذا التعريف يتوافق مع تعريف الإخطار من القانون العام في مادة الإيجار الذي اعتمدته محكمة النقض: «الإخطار من القانون العام عمل أحادي الجانب يضع نهاية للإيجار بمجرد إبداء إرادة من يبديه»[2]. فالأمر لا يتعلق إذاً بمجرد رفض التنفيذ أو بعدم التنفيذ الخاطىء. وقد جرى بيان أن فاعل الفسخ، بخلاف الحل، ليس ملزماً باللجوء إلى القضاء[3].

وبصورة أدق أيضاً، وبالارتباط بالعمل، صدرت الفكرة في أن «العمل القانوني للفسخ هو إذاً العمل الناتج فقط عن إبداء إرادة شخص مزود بحق الفسخ الذي يؤدي إلى النتيجة المنشودة لأن ثمة تلازماً ضرورياً بين إرادة الفسخ والفسخ»[4]. وقد جرى التشديد على الواقع في أن العمل القانوني للفسخ ينجم دائماً عن استعمال حق الفسخ: حق جوهره موضوعي ويتناول المفعول المسقط[5].

ثمة فكرة قديمة تأخذ بأن عمل فسخ عقد لمدة غير محددة يعمل كشرط فاسخ صريح مبني على توافق الفريقين المعبر عنه في آونة إبرام العقد[6].

---

(1) B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques، أطروحة في باريس II، 1973، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 1 ـ 1، صفحة 2.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 126، صفحة 69.

(3) Q.PORUMB, La rupture des contrats à durée indéterminée par volonté unilatérale، أطروحة في باريس، 1937، صفحة 193، الذي يستشهد بهذا المعنى بـ A.COLIN et H.CAPITANT, Traité de droit civil français، الجزء II، رقم 153 ورقم 154.

(4) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I ـ 5 صفحة 7.

(5) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم I ـ 50، صفحة 61 وما يليها.

(6) M.SAGUES, La rupture unilatérale des contrats، أطروحة في باريس 1937، صفحة 311.

239 ـ المدى العام لحق الفسخ الأحادي الجانب.

يقود منع العقود الأبدية[1] إلى الاعتراف لكل فريق في عقد لمدة غير محددة بحق الفسخ الأحادي الجانب[2].

بعض النصوص يتضمن هذا الحق ومنها المادة 1736 من القانون المدني[3]. وتنص المادة 4 من قانون أول تموز 1901 المتعلق بعقد الرابطة على أن «أي عضو رابطة لم تتأسس لوقت محدد بإمكانه الانسحاب منها في أي وقت بعد دفع الاكتتابات المستحقة واكتتاب السنة الجارية رغماً عن أي بند مخالف». والمادة L.4-122 من قانون العمل تنص على أن «عقد العمل المبرم بدون تحديد مدة يمكن إنهاؤه بمبادرة من أحد الفريقين المتعاقدين (. . .)». ومبدأ حق الفسخ موجود أيضاً في المادة 1780، الفقرة 2، من القانون المدني (انظر قانون 27 كانون الأول 1890): «إجارة الخدمة بدون تحديد مدة يمكن إنهاؤها دائماً بإرادة أحد الفريقين المتعاقدين»؛ وهذا الحق منظم إلى حد ما حسبما يكون الفسخ قد تم بمبادرة المستخدم (تسريح) أو الأجير (استقالة). وفي مجال الائتمان نجد أيضاً التمسك بمبدإ الرجوع في أي وقت عن عقد بدون تحديد مدة.

كما تنص المادة 48 من قانون أول آذار 1984 التي أصبحت المادة 60، الفقرتين 4 و5 من قانون 24 كانون الثاني 1984 عى ما يلي: «إن مؤسسات الائتمان التي قدمت مساهمة مالية لإحدى المؤسسات شرط الكفالة من شخص طبيعي أو معنوي ملزمة قبل 31 آذار من كل سنة، كحد أقصى، بإعلام الكفيل بالمبلغ الأصلي، وفوائده والعمولات والمصاريف والتوابع السارية حتى 31 كانون الأول من السنة السابقة بصفة موجب لصالح الكفيل، وكذلك أجل هذا الموجب، وإذا كان التعهد لمدة غير محددة تذكّر بإمكانية الرجوع في أي وقت وبالشروط التي بمقتضاها يمكن أن تمارس هذه الإمكانية». ويعاقب عدم تنفيذ هذا الموجب على عاتق المصرف بسقوط الفوائد الموقتة منذ الإعلام الأول حتى تاريخ الإعلام الجديد[4].

إن تعميم حق الفسخ الأحادي الجانب في العقود بدون تحديد مدة غير مؤكد[5].

---

(1) انظر الرقم 180 السابق وما يليه.

(2) انظر J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 182 ـ L.BOYER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية (1993)، V، العقود والاتفاقيات، رقم 355 ـ B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 8.

(3) انظر J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 184.

(4) انظر بالنسبة إلى التقديم الناقد لهذا النص M.CABRILLAC, Droit des Sûretés وCH.MOULY، الطبعة الثانية، 1993، رقم 274، صفحة 203 وما يليها.

(5) انظر B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم II-5 وما يليه، صفحة 117 وما يليها. انظر في صدد وعد بالبيع بدون تحديد مدة، حكم استئناف محكمة فرساي، 8 تشرين الثاني 1991، مجلة الاجتهاد الإداري، 1992، رقم 19، صفحة 18.

وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 5 شباط 1985[1]، استناداً إلى المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني، في حكم مبدئي، «بأن الفسخ الأحادي الجانب، في عقود التنفيذ المتعاقب التي لم تتضمن أي أجل، هو، ما عدا إساءة الاستعمال المعاقب عليها في الفقرة 3 من النص عينه، متوفر أمام الفريقين».

وكان قد سبق للغرفة التجارية أن حكمت بأن مانح الامتياز بإمكانه بحرية وضع نهاية لعقد الامتياز الحاصر لمدة غير محددة[2]. وأن اتفاقية غير مسماة لمدة غير محددة يمكن فسخها بإرادة «مانح الامتياز» وحدها[3]. كما جرى الحكم بأن عقد عمل يحوي نقضاً من قبل هذا الفريق أو ذاك هو عقد لمدة غير محددة[4]. وذلك يعني إلى حد ما تأكيد أن الفسخ الأحادي الجانب هو من نوع طبيعة العقود لمدة غير محددة.

240 ـ حق الفسخ الأحادي الجانب هو آمر.

مع أن محكمة النقض لم تكن لها مناسبة مراجعتها مباشرة حول المسألة المتعلقة بطابع الانتظام العام لحق الفسخ، فإن هذا الطابع ليس موضوع أي شك بسبب سنده. والفقه، في أي حال، مجمع على هذه النقطة[5].

ويرى أحد المؤلفين أن تقنية الفسخ الأحادي الجانب ليست وحدها التي يمكن تصورها من أجل حماية الحرية. وهو يلاحظ، مع بيان أن حق الفسخ الأحادي الجانب يطبع العقد بعدم استقرار كبير، أن تأكيد كون العقد يجب أن يشكل المبدأ الذي لا استثناء عليه ينبغي أن يكون قابلاً للتأويل: «إن حق الفسخ الأحادي الجانب في الواقع، الممنوح لحماية الفريقين ضد خطر تعهد أبدي ملازم للعقد لمدة غير محددة، ينبغي أن يختفي ما دام أن الحرية مصانة بوسيلة أخرى» (. . .). «والحال أن الحرية الفردية محمية تماماً عندما تكون لأحد الفريقين إمكانية التحرر كلياً باستبدال شخص ثالث به بدون موافقة الشريك في التعاقد»[6]. ولم تكن المادة 1869 القديمة[7] تطبق على الشركات لمدة محددة التي كان حق التفرغ عن أسهمها حراً. وهكذا حكمت غرفة العرائض «بأن الحق الفردي في الحل الذي تعطيه المادة 1869 من القانون المدني لأعضاء الشركة غير المحددة مدتها قد حلت محله، في شركات

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1985، النشرة المدنية، I، رقم 54، صفحة 52.

(2) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 384، صفحة 355؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، الطبعة G.II، 16391، الملاحظة J.H.

(3) الغرفة التجارية، 19 تموز 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 213، صفحة 198.

(4) الغرفة الاجتماعية، 27 آذار 1991، النشرة المدنية V، رقم 154، صفحة 96.

(5) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 192 والمؤلفون المستشهد بهم، التعليق رقم 36، صفحة 153 ـ B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم II ـ 323، صفحة 533 وما يليها.

(6) J.AZÉMA، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 183.

(7) «لا يطبق حل الشركة بإرادة أحد الفرقاء إلا على الشركات المحددة مدتها، ويتم ذلك بعدول مبلغ إلى الشركاء جميعاً، شرط أن يكون هذا العدول عن حسن نية أو أن لا يكون في غير محله».

المساهمين، الإمكانية التي لدى هؤلاء المساهمين في تصفية وضعهم بتحويل أسهمهم»[1]. ويلاحظ المؤلف مع ذلك أن استبدالاً كهذا غير ممكن على وجه العموم. غير أن المادة L.10-121 من قانون التأمينات تنص على تحرير المؤمَّن في حالة التصرف بالشيء المؤمن.

وينبغي، على صعيد العقبات، التطرق إلى رأي بمقتضاه ليس تحرر المتفرغ هدف التفرغ عن العقد[2]. إنه فقط مفعول محتمل. فالمتفرغ «يتفرغ عن عقده لأنه لا يتابع، لسبب ما، الهدف الذي يتيحه له العقد، ولتجنب فسخه الذي لن يتحمل نتائجه وحده».

يضاف إلى ذلك من وجهة نظر أعم، أن رفض حق الفسخ الأحادي الجانب أمام تفرغ تام عن العقد، على افتراض أن تفرغاً كهذا موجود[3]، هو في الحقيقة خطر على الحرية. يجب أن لا ننسى أن المتفرغ ربما لا يجد متفرغاً له. والتقنيات غير قابلة للتبادل.

إن إمكانية الانسحاب، في الشركات ذات رأس المال القابل للتغير، المتوفرة للشريك بموجب المادة 52 من قانون 24 تموز 1867 تؤمن مراعاة حظر التعهدات الأبدية وتحل محل حق الفسخ الأحادي الجانب. وقد ورد في هذا النص أن «كل شريك بإمكانه الانسحاب من الشركة عندما يرى ذلك مناسباً له إلاّ في حالة وجود اتفاقية معاكسة» ومع التحفظ لجهة تطبيق المادة 51. وهكذا يمكن أن تنظم الأنظمة ممارسة حق الانسحاب. وكان على الاجتهاد بيان أن التحديدات لا يمكن اللجوء إليها إلاّ أن تكون منسجمة مع الحرية الفردية. وجرى الحكم بأن التعهد الذي يلتزم به شريك في تعاونية زراعية بتقديم المحاصيل مدة خمسين سنة باطل بحجة أن «تعهدا لمدة كهذه كان لزمن مساوٍ لمتوسط الحياة المهنية أو يفوقه»[4]. وذلك تطبيق للمفهوم الذاتي للتأبيد المقبول لتقدير هذا التأبيد تجاه إجارة الخدمات[5].

ولا يبدو العدول المسبق بالتالي ممكناً. ولا يمكن اللجوء إليه إلاّ أن يكون الحق قد جرى اكتسابه[6].

---

(1) نقض بمناسبة عريضة في 29 نيسان 1897، Dalloz الدوري 98، I، صفحة 106؛ S.99، I، صفحة 481، استشهاد J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، التعليق 25، صفحة 151. انظر حول المبدإ النقض المدني في أول حزيران 1859، Dalloz الدوري 59، I، 244: «من حيث أن إمكانية طلب الحل تنقطع عن أن تعود إلى كل من أعضاء الشركة، ولو كانت لمدة محددة عندما يوافقون، في اشتراطات عقد الشركة، على أن يستبدلوا بهذه الوسيلة القانونية وسائل أخرى للتحرر من رباط الشراكة. إلاّ أن معادلاً كهذا ليس مقبولاً إلاّ أن تكون حرية الخروج من الشراكة مؤمنة كلياً للجميع». وينبغي التوضيح أن المشترع، رغماً عن التحديد الحالي لمدة الشركات (99 سنة كحد أقصى)، سن في عام 1966 ما مفاده أن الشركة المحدودة المسؤولية ملزمة؛ في حال رفض الموافقة على التفرغ عن الحصص، باكتساب ملكية حصص الشريك أو العمل على تمليكها عندما ينوي هذا الشريك الانسحاب من الشركة (المادة 45 من قانون 24 تموز 1966).

(2) L.AYNÈS, La cessicn de contrat et les opérations juridiques، أطروحة في باريس II، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph.MALAURIE، رقم 229 وما يليه، صفحة 166 وما يليها.

(3) انظر الرقم 670 اللاحق وما يليه.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 21 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية I، رقم 53، صفحة 34.

(5) انظر الرقمين 186 و187 السابقين.

(6) يستشهد السيد Azéma بهذا المعنى بحكم محكمة استئناف Douai في 5 تموز 1951، مجلة قصر العدل، =

إن صياغة حكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 8 نيسان 1986[1] يجعل مع ذلك الشك حائماً حول طابع الانتظام العام لحق الفسخ الأحادي الجانب. فقد جرى إبرام عقد امتياز في مجال الألبسة بدون تحديد مدة. فخرق مانح الامتياز العقد قبل بضعة ايام من عرض المجموعة الصيفية، وتقدم صاحب الامتياز بدعوى المسؤولية، وأخذت محكمة استئناف باريس بهذا الادعاء. ولكي ترد الغرفة التجارية الطعن المقدم بينت «أن الشركة صاحبة الامتياز إذا كانت، في غياب أي اتفاقية مناقضة، لها الحق في وضع نهاية لعقد الامتياز المبرم بدون تحديد مدة، فذلك بشرط أن لا تكون ممارسة هذا الحق تعسفية». إن التحفظ الصادر عن محكمة النقض يدعو إلى التفكير في أن الفريقين كان بإمكانهما تجنب مبدإ الحق في الفسخ الأحادي الجانب. وهذه الصيغة المفهومة حرفياً تعني إضفاء الصحة على التعهد الأبدي لأن الأمر يتعلق في الحالة الراهنة بعقد لمدة غير محددة. ومن المرجح أن محكمة النقض أرادت مجرد تحديد أن المتعاقدين حران في تهيئة فسخ أحادي الجانب. ومن الصحيح أن صيغة هذا الحكم غامضة.

يضاف إلى ذلك أنه من الصعب التوفيق بينها وبين حكم صادر عن الغرفة عينها في 31 أيار 1994[2]. كانت إحدى الشركات في هذه القضية قد عهدت بإدارة مطعم لإحدى المؤسسات إلى أحد الأفراد لمدة غير محددة. وقد أبلغته، بسبب نقل المؤسسة، فسخ العقد الذي يربطهما. كانت المؤسسة قد ادعت أنها تقيدت بإحدى حالتي الفسخ التي يتضمنها العقد، أي إقفال المؤسسة. فأدانت محكمة الاستئناف المتفرغ بسبب فسخ العقد، إذ إن الأمر لم يكن يتعلق بالإقفال وإنما بمجرد نقل الأماكن. وحكمت محكمة النقض، بعد أن بينت أن الفريقين، مع التحفظ لجهة إساءة الاستعمال، بإمكانهما فسخ العقد لمدة محددة، بأن إساءة الاستعمال لا يمكن أن تكون قد نجمت عن مجرد كون الفسخ قد حصل خارج الحالات المنصوص عليها في العقد.

وينبغي أن نخلص إلى أنه إذا كان بإمكان الفريقين المرتبطين باتفاقيات لمدة غير محددة أن يتفقا على بعض حالات الفسخ، فليس لهذه الحالات سوى طابع بياني؛ ولا يمكن أن يمنع عدم التقيد بها الفريقين من وضع نهاية للعقد طالما أن مسلكاً كهذا ليس تعسفياً في ذاته.

= 1951، 2، صفحة 244؛ اليوميات الاجتماعية، 1951، صفحة 322؛ المجلة الاجتماعية، 1951، صفحة 423. كان أحد الشركاء يرغب في طلب حل الشركة، فاقترح عليه الشركاء الآخرون شراء حصصه، فقبل ذلك ثم حدث نزاع إذ تقدم الشريك المتفرغ بدعوى حل الشركة. وقد ردت محكمة استئناف Douai هذا الادعاء بحجة «إن الشريك، بقبوله الاقتراح المقدم إليه، كان قد عدل بفعل ذلك عن الحق الذي كان يمكن أن يمتلكه إمّا بموجب القانون أو أنظمة الشركة في حل الشركة» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 194).

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 50؛ D.1988، الصفحة 19 من الموجز، ملاحظة D.FERRIER، انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 آذار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 76، في صدد عقد تفرغ تجاري متعلق ببيع منتوجات غازية.

(2) Sirey - Dalloz 1994، الصفحة 162 من التقرير.

ولا يمكن الحفاظ على حق الفسخ الأحادي الجانب للعقد بدون تحديد مدة بأفضل من ذلك.

على أنه من المقبول أن بإمكان الفريقين أن يتفقا على شرط لا قابلية للرجوع ما دام أنه موقت. وهكذا يتم الاتفاق مثلاً على أن يمتنع المتعاقدان، خلال خمس سنوات، عن فسخ العقد وأن لا يستخدما هذه الإمكانية إلاّ بانقضاء هذه المدة[1].

241 ـ يكون حق الفسخ الأحادي الجانب، رغماً عن طابعه من الانتظام العام، منظما أحياناً عن طريق تطلب تعويض.

جرى الإيضاح بحق أن «الممارسة والقانون والاجتهاد، يجعل الفسخ أصلب، أمنت استقرار العقد، ذلك بأن تقييدات حق الرجوع الأحادي الجانب لا تحمي الفريق الآخر ضد ممارسة حق الفسخ وحسب، وإنما تردع حائزه عن ممارسته»[2].

ثمة تشريع من وحي اجتماعي يفرض التعويض على المتعاقد ضحية الفسخ حتى ولو لم يكن استعمال هذا الحق تعسفياً. والحق بالتعويض لا يفيد، على وجه العموم، سوى فريق واحد.

والتسريح في قانون العمل، وهو فسخ لعقد العمل بمبادرة من المستخدِم، منظم على وجه الخصوص؛ فإرادة الفسخ ينبغي أن تسوّغ بسبب مشروع وأن تمارس حسب إجراء يهدف إلى ضمان حماية الأجراء[3].

وبالموازاة أعطيت أنظمة حماية للوسطاء الممثلين التجاريين عندما يكونون في وضع تبعية اقتصادية[4]، وعلى وجه الخصوص للمسافرين الممثلين الوسطاء التجاريين، والوكلاء التجاريين النظاميين، والوكلاء العامين للتأمين. وسوف نقدم هذه الأنظمة بشكل موجز في دراسة التمثيل[5]. وتكفي الملاحظة هنا أن هذه الأنظمة الخاصة تتجاوب مع اهتمامات شبيهة بالاهتمامات التي قادت الاجتهاد إلى الاعتراف بنظام حماية الوسطاء المنتفعين من وكالة مصلحة مشتركة.

242 ـ يؤدي الفسخ الأحادي الجانب من حيث المبدأ إلى تلاشي مفاعيل العقد للمستقبل.

تقتضي الإشارة إلى سكوت القانون المدني في صدد مفاعيل الفسخ الأحادي الجانب.

---

(1) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم II ـ 330، صفحة 541 وما يليها.

(2) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 11، صفحة XIII.

(3) ألغى القانون، تجاه بعض الأجراء المحميين، مندوبي جهاز الأجراء مثلاً، بلا قيد أو شرط حق المستخدم في وضع نهاية لعقد العمل. وعليه أن يخضع لإجراء إداري مسبق؛ انظر المادة L.I-425 من قانون العمل.

(4) G.VIRASSAMY, Les contrats de dépendance، أطروحة في باريس I، 1986، مقدمة J.GHESTN.

(5) انظر الرقم 571 اللاحق وما يليه.

«لم يرد في أي مكان أن هذا الفسخ ينبغي أن ينتج بالضرورة مفاعيله إلاّ للمستقبل»[1].

على أن الهدف الذي يسعى إليه فاعل الفسخ هو تلاشي العقد للمستقبل وحسب[2]، عندما يتعلق الأمر بعقد متعاقب لمدة غير محددة. وبالتالي لا تستهدف الإرادة المدمّرة إلاّ العلاقة العقدية وحدها.

وقد جرى بيان أنه لم تكن ثمة عقبات تقنية أمام أن يكون الأمر على هذا النحو. وبالفعل لا ينشىء فسخ العقد للمستقبل أي عدم توازن. كان كل فريق يتلقى في السابق ما له الحق فيه. فالمستأجر كان يستفيد من التمتع بالأمكنة وكان المؤجر يستوفي بدل الإيجار. فالتوازن العقدي كان محافظاً عليه حتى آونة الفسخ. وعليه ليس ثمة أي سبب لجعل الفسخ ينتج مفعولاً رجعياً لأن لهذا المفعول دور «عقابي وتعويضي»[3].

يضاف إلى ذلك أن الفسخ الأحادي الجانب يتيح لكل متعاقد استعادة حريته للمستقبل، وذلك يمثل الوظيفة الأساسية لحق الفسخ الأحادي الجانب[4].

والرجوع عن اتفاقية جماعية في قانون العمل أو عن اتفاق جماعي يشذ عن مبدإ المغلول المسقط للمستقبل. فالاتفاقية، أو الاتفاق، التي جرى نقضها نظامياً تستمر في إنتاج مفاعيلها حتى تاريخ نفاذ الاتفاق الذي جاء بديلاً لها، أو في حال عدم وجود ذلك، خلال مدة سنة اعتباراً من انقضاء مهلة الإخطار، عدا وجود بند ينص على مدة محددة أطول (المادة L.8-132 من قانون العمل).

243 ـ سوف نتفحص، بعد أن قدّمنا حق استعمال الفسخ الأحادي الجانب، الفسخ الأحادي الجانب لعقود المصلحة المشتركة بصورة خاصة.

الفقرة 1 ـ استعمال حق الفسخ الأحادي الجانب

244 ـ إبداء للإرادة يصل إلى علم المتعاقد[5].

بما أن فعل الفسخ هو عمل أحادي الجانب فإن إرادة فاعله تكفي لإنتاج المفعول المنشود، بمعنى أن موافقة الشريك في التعاقد ليست ضرورية[6]: لا تشكل الإرادة المعبّر

---

(1) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I ـ 62، صفحة 75.

(2) انظر بهذا المعنى B.HOUIN، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 63، صفحة 77. إن هذا الافتراض غير مقبول من قبل المؤلف إلاّ في شأن العقود المتعاقبة، ذلك بأن «الرجعية، في العقود الفورية، مفروضة عموماً ككيفية تقنية معدّة لتأمين فعالية الفسخ العملية».

(3) B.HOUIN، الأطروحة المشار إليها سابقاً، رقم I ـ 65، صفحة 78.

(4) B.HOUIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم I ـ 66، صفحة 79.

(5) انـظـر: A.ROBERT, La protection contre la rupture dans les contrats à durée indéterminée par la théorie du congé et du préavis, in Etudes de droit privé: La tendance à la stabilité du rapport contractuel، صفحة 37، L.G.D.J، 1960، بإدارة P.DURAND مع مقدمة له.

(6) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I ـ 35، صفحة 45 وما يليها ـ A ROBERT، المقالة السابقة الذكر، رقم 14، صفحة 48 وما يليها.

عنها إيجاباً. وبالتالي ينبغي، وذلك كافٍ، أن تكون إرادة فاعل الفسخ معبراً عنها صراحة أو ضمناً بصورة غير ملتبسة.

فهل يجب أن يصل إبداء الإرادة إلى علم الشريك في التعاقد؟ إن القانون، عندما يعالج حق الفسخ الأحادي الجانب، يحدد عموماً أن مفعوله خاضع لإتمام معاملة إبلاغ. فالمادة -L.14 122، الفقرة الأولى، من قانون العمل، تنص على ما يلي: «يجب على المستخدم الذي يقرر تسريح أجير أن يبلغ التسريح بكتاب مضمون مع طلب إشعار بالتسلم. وتاريخ تقديم الكتاب المضمون يحدد نقطة انطلاق مهلة الإخطار». وإوالية الإخطار في مادة الإيجار هي الإبلاغ.

ومن المقبول، في غياب أي نص، أنه ينبغي أن يبلغ الفسخ باعتباره يوصف بعمل قابل للتلقي[1].

245 ـ ينشىء القانون في العقود المنظمة مهلة إخطار[2].

إن الإشعار، في قانون العمل، الذي يأخذ اسم «إخطار» تنظمه المادة L.4-122 وما يليها من قانون العمل[3].

وقد جرى سن أنظمة خاصة تترك هامشا عمل ممتد إلى حد ما للفريقين. وهكذا حددت المادة L.5-751 من قانون العمل، في ما يتعلق بالمسافرين الممثلين الوسطاء، حداً أدنى لمهلة الإخطار[4].

وتنص المادة 60 من القانون المصرفي في أول آذار 1984 على أن أي مساهمة غير ظرفية لمدة غير محددة تقدمها مؤسسة ائتمان لمقاولة لا يمكن تخفيضها أو قطعها إلاّ بإبلاغ خطي وبعد انقضاء مهلة الإخطار المحددة عند إعطاء المساهمة[5]، إلاّ في حالة مسلك ملوم بشكل خطير للمستفيد من الائتمان.

246 ـ هل أن مهلة الإخطار إلزامية في غياب نصوص أو اشتراط خاص؟

كانت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قد أخذت، في 13 شباط 1967، في

---

(1) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم I ـ 37 ـ I ـ 38، صفحة 47 وصفحة 48.

(2) A.ROBERT، المقالة المذكورة سابقاً، إضافة إلى G.-J.VIRASSAMY، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 293، صفحة 235 وما يليها.

(3) انظر حول تطور الإخطار في قانون العمل J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 232. إن الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية للعمل لمدة غير محددة يمكن الرجوع عنها. ومدة الإخطار يمكن أن تتحدد اتفاقياً. وهذه المدة هي ثلاثة أشهر في حال عدم وجود اشتراط صريح (المادة L.8-132 من قانون العمل).

(4) إن العقد يجب «أن يتضمن إخطاراً مدته تساوي على الأقل المهلة المحددة في «الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية للعمل»، وفي حال عدم وجودها تحددها العادات. ولا يمكن على الإطلاق أن تكون أقل من شهر خلال السنة الأولى للتطبيق، ومن شهرين خلال السنة الثانية، ومن ثلاثة أشهر خلال السنة الثالثة».

(5) انظر في شأن التطبيق الغرفة التجارية، 3 كانون الأول 1991، مجلة الاجتهاد في القانون الإداري، 1992، رقم 63، صفحة 46، التي حكمت بأن المادة 60 تطبق للمرة الأولى في حالة إذن ضمني بالمكشوف.

صدد عقد من نوع خاص في التعاون الطبي، «بأن تحليل العقد الذي اعتمده الحكم المطعون فيه لا يظهر أي إخطار، وكل من الفريقين كان له الحق في وضع نهاية له في أي وقت، ما عدا إساءة الاستعمال التي يقع إثباتها على من يتذرع بها»[1]. فهذا الحكم ينفي إذن وجود قاعدة بديلة عامة تفرض مراعاة الإخطار.

غير أن الاجتهاد ينزع إلى أن يفرض، على وجه العموم، بالنسبة إلى العقود غير المنظمة حتى في غياب اشتراط ينظم مهلة الرجوع، احترام مدة الإخطار. والتنكر لها مصدر مسؤولية[2].

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 8 نيسان 1986[3]، «بأن مانح الامتياز، في حال عدم وجود اتفاقية معاكسة، وفي عقد امتياز حصري، كان له الحق في وضع نهاية لعقد الامتياز المبرم بدون تحديد مدة، وذلك بشرط أن لا يساء استعمال هذا الحق». ثم استنتجت هذا الطابع التعسفي من أن مانح الامتياز «وضع بفظاظة نهاية للعقد الذي يربطه بالشركة» صاحبة الامتياز «بإعلامها قبل بضعة أيام من عرض المجموعة الصيفية لعام 1981 بأن هذه المجموعة لن تسلم له». وبينت أن «سبب التسويغ هذا وحده» كان كافياً لتسويغ إدانة مانح الامتياز بالعطل والضرر. وهكذا يبدو غياب أي إخطار، من حيث المبدأ، كافياً لإضفاء الطابع التعسفي على الفسخ الأحادي الجانب.

وقد فرضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في شأن فتح الاعتماد، في 19 تشرين الثاني 1985[4]، أيضاً على المصارف مراعاة مهلة الإخطار عندما تريد وضع نهاية للاعتماد. وحكمت كذلك، في 13 كانون الثاني 1987[5]، بأن الأمر المنصوص عليه في المادة 65 ـ 3 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935 الذي يوحد الحق في مادة الشيك، لم يكن يشكل الإنذار المقترن بإبلاغ مهلة الإخطار الذي على المصرف موجب توجيهه إلى زبونه قبل فسخ اتفاقية حساب مكشوف لمدة غير محددة. وقد سبق أن رأينا أن القانون، في ما يتعلق بفتح الاعتماد المعطى للمؤسسات، ينص على إخطار كهذا (المادة 60 من قانون 24 كانون الثاني 1984).

وتحدد مدة الإخطار، في حال عدم وجود اشتراط عقدي، استناداً إلى عادات المهنة التي يقدر وجودها قضاة الأساس بسيادة[6].

---

(1) الغرفة المدنية الأولى، 13 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 59، صفحة 44.

(2) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III-77، صفحة 637.

(3) انظر الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 نيسان 1986، النشرة المدنية، IV؛ رقم 58، صفحة 50؛ D.1988، الصفحة 19 من الموجز، ملاحظة D.FERRIER، 5 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 332، صفحة 270 ـ 9 آذار 1976، النشرة المدنية، IV، رقم 89، صفحة 75.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 275، صفحة 232.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 8، صفحة 5.

(6) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 7 تموز 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 235 ـ 25 كانون الثاني 1972، D.1972، صفحة 423 ـ انظر A.ROBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 17، صفحة 52 وما يليها.

والقاعدة «تتوافق مع الهاجس المشروع في تجنيب ضحية الفسخ ضرراً كبيراً جداً بأن تتاح له مواجهة الوضع وإبرام عقد جديد»[1]. وتطلب الإخطار يمكن أن يسوّغ تطبيقاً للمادة 1135 من القانون المدني. وهكذا يبدو الإخطار النتيجة التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته.

والنصوص الرئيسية التي تنظم الإخطار هي من الانتظام العام. وهذا هو حال الإخطار الذي ينظمه قانون العمل. ويبدو أن القاعدة، في غياب أحكام خاصة، ليست من الانتظام العام وإنما هي بديلة فقط. وهذا ما كان بالإمكان استنتاجه، استدلالاً بالضد، من حكم صدر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 17 تموز 1985[2].

فقد أبرم عقد شفهي لمدة غير محددة بين طبيب وعيادة خاصة في عام 1971. ولأسباب تتعلق بالصحة أوقف الطبيب نشاطه في شهر نيسان 1979. وفي تموز 1979 أعرب عن نيته في العودة إلى المساعدة، فرفضت العيادة. ولاحق الطبيب العيادة لدفع تعويض الإخطار والضرر الناتج عن فسخ عقده غير المسوّغ. فاستجاب القضاء لادعائه؛ ولرد الطعن المقدم أخذت محكمة النقض على وجه الخصوص بأن قضاة الأساس بينوا أن «نموذج العقد المبرم بين الفريقين لم يكن يسمح بالاستعمال التعسفي لإمكانية الفسخ الأحادي الجانب»؛ كانت محكمة الاستئناف إذاً «في وضع ضرورة البحث عما هي العادات في مادة الإخطار بفسخ اتفاقية شفهية مبرمة بين طبيب وعيادة». إن قراءة عن طريق الاستدلال بالضد لهذا الحكم تثير التفكير في أن عقداً يمكن أن يسمح بممارسة تعسفية، حتى بدون إخطار، لإمكانية الفسخ الأحادي الجانب[3]. ومن المعروف ما هي الهشاشة النسبية للتعليلات عن طريق الاستدلال بالضد.

247 ـ تطلب حسن النية: التعسف في استعمال حق الفسخ[4].

يخشى أن يمارس حق الفسخ الأحادي الجانب، بسبب طابعه الإرادي، بشكل تعسفي. ولذلك من المناسب الإبقاء على فرضية ممارسته عن سوء نية.

يمكن بهذا المعنى الرجوع إلى المادة 1873 ـ 3 من القانون المدني التي تبين أن طلب قسمة شيوع اتفاقي مبرم بدون تحديد مدة يمكن اللجوء إليه «في أي وقت شرط أن لا يكون ذلك عن سوء نية أو في غير محله».

---

(1) J.AZÉMA، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 228.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 206.

(3) انظر بهذا المعنى M.BEHAR-TOUCHAIS، المقالة السابقة الذكر، رقم 119.

(4) انظر: J.GUYENOT, La rupture abusive des contrats à durée indéterminée, in Etudes de droit privé: La tendance à la stabilité du rapport contractuel، صفحة 235 وما يليها، L.C.D.J، 1960، بإدارة P.DURAND مع مقدمة له. إضافة إلى المدخل العام، رقم 693 وما يليه، في شأن النظرية العامة للتعسف في استعمال الحق.

وبهذه الصفة يشكل موجب احترام مدة إخطار كافية الإظهار الخاص لتطلب أعم لحسن نية اتفاقية. بيد أن حسن النية هذا لا يقوم فقط بتطبيق هذه القاعدة الأولى وحدها. وبالفعل يأتي التطبيق المعمم لنظرية التعسف في استعمال الحق[1] ليعزز تهذيب أخلاق ممارسة الفسخ الأحادي الجانب الذي لا يمكن، على عكس الوضع الذي كان سائداً في القرن التاسع عشر[2]، أن يكون استنسابياً.

وهكذا ذكّرت محكمة النقض، في شأن الامتياز التجاري، بصورة شبه مستمرة، بأنه إذا كان بإمكان مانح الامتياز أن يضع بحرية نهاية لعقده فإن ذلك شرط عدم التصرف تعسفياً[3].

وقد جرى الحكم، في مجال عقود النشر، بأن فسخاً مفاجئاً لا شيء ينص عليه، في غياب انتقادات أو إبداء لعدم رضا الوكيل، كان تعسفياً ما دام أن وكيل النشر ساهم إلى حد كبير في منتوجات الوكالة[4].

ومن المقبول تقليدياً أن نية الإضرار هي التي تبدو محددة التعسف في استعمال الحق، وهذا التعسف يمكن تمييزه «عندما يفسخ الشريك في التعاقد، بدون أن يكون له نفع في ذلك، الاتفاقية بهدف الاعتداء على حقوق الفريق الآخر فقط (. . .)». ويتجلى التعسف أيضاً «عندما يتم السعي، بفسخ (العقد) الى التملص من الموجبات القانونية او العقدية (. . .)، او اخيراً «عندما يسعى فاعل الفسخ (في العقود التي تستدعي تعاوناً معيناً) إلى تحقيق تملك شخصي للمنافع التي ينشئها العقد والتي ينبغي أن يستفيد منها الفرقاء جميعاً»[5]. ويقتضي أن يقارن هذا الحل بالنتائج المرتبطة بوصف الوكالة، حتى وصف العقد، للمصلحة المشتركة[6]. كما لوحظ أن الاجتهاد ينزع إلى اعتبار الفسخ تعسفياً عندما يجعل الفاسخ شريكه في التعاقد يأمل باستقرار ما للعلاقة العقدية[7]، وبالمقابل، عندما يكون

---

(1) انظر B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III-8، صفحة 558، والاجتهاد الغزير المستشهد به في التعليق 2.

(2) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III-6، صفحة 556.

(3) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 384، صفحة 355؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، الطبعة G.II، 16391، ملاحظة J.H ـ 9 آذار 1976 المذكور سابقاً ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1967، الحكم المذكور سابقاً.

(4) الغرفة التجارية في مخكمة النقض، 12 كانون الأول 1967، النشرة المدنية، III، رقم 411، صفحة 388.

(5) B.HOUIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم III-9، صفحة 561، قارن الحالة الأخيرة للتعسف في استعمال الحق بالمادة 1870 القديمة، الفقرة 1، من القانون المدني التي كانت تنص على ما يلي: «لا يكون الرجوع عن حسن نية عندما يعدل الشريك ليمتلك وحده الفائدة التي توخى الشركاء الاستفادة منها جميعاً».

(6) انظر الرقم 249 اللاحق وما يليه.

(7) B.HOUIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم III-72، صفحة 632، الذي استشهد بحكم الغرفة التجارية بتاريخ 8 كانون الثاني 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 11، صفحة 9؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968، صفحة 1110، ملاحظة J.HÉMARD؛ 1968، صفحة 495. وبالمعنى عينه جرى الحكم في بداية =

ثمة اشتراط للضمان، لا يمكن استنتاج الطابع التعسفي للفسخ من مجرد إنقاص التقديمات[1].

إلاّ أنه يستخرج من بعض أحكام محكمة النقض أن بإمكانها خفض العتبة التي تتيح تمييز التعسف في الحق. فقد أخذت الغرفة المدنية الأولى، في 5 شباط 1985، بصورة عامة وإنما في صدد تعهد يتخذ بين زوجين، بأن الفريقين، في العقود لمدة غير محددة، بإمكانهما فسخ العقد من جانب واحد، باستثناء التعسف التي تعاقب عليه الفقرة 3 من المادة 1134 من القانون المدني. واستعادت الغرفة التجارية هذه الصيغة في 31 أيار 1994[2]، مع الأخذ بأن عدم احترام بنود عقد الامتياز التي تحدد الحالات التي بإمكان الفريقين فيها فسخ العقد، لم يكن في ذاته مكوّناً التعسف. وقد أيدت الغرفة ذاتها، إضافة إلى ذلك، في 5 تشرين الأول 1993[3]، قضاء أساس في أخذه بأن مانح الامتياز الذي يبين تقصيره بالفعل نية الإضرار كان قد «فسخ العقد بصورة تعسفية وعن سوء نية» ـ بيد أن حكم 5 نيسان 1994[4] هو الذي يبدو أنه قاد محكمة النقض إلى هذه الطريق... وفي هذه القضية كان صاحب الامتياز مرتبطاً بصانع سيارات بعقود لمدة محددة تتجدد سنوياً منذ عام 1963. وفي عام 1986 أبرم الفريقان عقداً لمدة غير محددة يسري مفعوله في أول كانون الثاني من السنة عينها وينص على مهلة إخطار مدتها سنة. وفي 28 كانون الثاني 1988 فسخ الصانع العقد اعتباراً من 31 كانون الثاني 1989. وقد أيدت الغرفة التجارية، باستعادة أسباب التسويغ التي اعتمدتها محكمة الاستئناف، هذه المحكمة التي رأت أن الفسخ كان تعسفياً بحجة أن صاحب الامتياز وافق على طلب مانح الامتياز تقديم جهود توظيفات ورعاية هامة، وأن هذا الأخير ادعى عن خطأ أنه فسخ العقد لتدارك نية صاحب الامتياز الذي كان يأمل التملص من موجباته، وأن مانح الامتياز أخيراً، قبل عشرين يوماً من الفسخ، أي في وقت تجديد الملاحق لعام 1988، لم يعلم صاحب الامتياز عن نيته في قطع علاقاتهما، في حين أن هذا القرار، في ما يتعلق

= القرن بأن رب العمل الذي وعد أحد العمال الذي أجّر خدماته بدون تحديد مدة بالاحتفاظ به مدة طويلة إذا كان راضياً عن عمله، ارتكب خطأ صرفه من الخدمة بعد أربعة أسابيع، من حيث أن العمل الذي قام به العامل تم الاعتراف بجودته، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آب 1900، S.1901، I، صفحة 219. وقد أدين رب عمل عن وجه حق بالعطل والضرر لأنه أخطأ عندما قام، بعد أن أمّن للعامل الذي استأجر خدماته بدون تحديد مدة مكاناً مستقراً وأكد له أن بإمكانه المجيء للعمل بأمان تام، مما جعل العامل يبدل مكان إقامته مع أسرته، بتسريحه بدون مسوّغ بعد ستة أشهر: النقض المدني في 18 أيار 1909، و7 تموز 1909، J.S.1909، صفحة 428.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1988، النشرة المدنية I، رقم 248، صفحة 172.

(2) Sirey - Dalloz 1994، الصفحة 162 من التقرير.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 326، صفحة 234؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، II، 22224 ومصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، II، 557، تعليق Ch.JAMIN.

(4) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 نيسان 1994، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، IV، 1529.

بصاحب امتياز قديم وهام، لا يمكن إلا أن يكون متوقعاً لمدة طويلة، بحيث أن مانح الامتياز «أخل بالاستقامة» تجاه صاحب الامتياز الذي لم يتنكر لفضله. إن الأمر يتعلق بالتأكيد بحكم رد، وتأييد محكمة النقض يعود إلى ظروف واقعية خاصة. وهذا الحكم يؤكد الفكرة التي بمقتضاها ينبغي أن لا يكون فسخ عقد الامتياز قد تم بهذه الخفة وعلى وجه الخصوص عندما يكون صاحب الامتياز، بالاستقلال عن أسباب التسويغ المقدمة وهو لم يرتكب أي خطأ، قد قام بجهود هامة في التوظيف بناء على طلب مانح الامتياز.

إن هذه الإسنادات إما مباشرة إلى حسن النية وإما إلى نص يورد أن الاتفاقيات «يجب أن تنفذ بحسن نية»، وإمّا إلى موجب الاستقامة، تدعو إلى التفكير في أن التعسف في استعمال الحق لا يمكن أن يتميز بنية الإضرار وحسب وإنما أيضاً بإثبات سوء نية من يفسخ العقد، وهو تطلب أقل. ان حركة اجتهادية كهذه تندرج تماماً في تطور عام ينزع اليوم إلى تعزيز واجب الاستقامة والتعاون الذي يجب أن يشجع الفريقين المتعاقدين خلال تنفيذ العقد[1]. وإذا ما تم تأكيد ذلك، ولا سيما في مجال الامتياز، فإنه يتيح توازن التقديمات العقدية التي تترك في أغلب الأحيان أصحاب الامتياز «تحت رحمة مانحي الامتياز»[2].

وعلى من يتذرع بالتعسف في ممارسة الحق، باعتبار حسن النية مفترض دائماً، أن يقدم الإثبات عليه (عبء الإثبات يقع على المدعي actori incumbit probatio)[3]، ولا يمكن أن تكون المعاقبة الحفاظ القسري على العقد. ولا يمكن أن يتعلق الأمر إلاّ بالحكم بالعطل والضرر[4].

248 ـ لا يتوجب الفسخ الأحادي الجانب، كقاعدة عامة، التسويغ بسبب مشروع.

لا يقود تطلب حسن النية إلى أن يفرض على فاعل الفسخ أن يسوغ عمله بسبب مشروع للفسخ[5].

بعض محاكم الأساس ادعى مع ذلك ممارسة رقابة أسباب التسويغ[6]. وهذه النزعة

---

(1) انظر F.TERRÉ, Ph. SIMIER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، الرقم 414 وما يليه ـ Y.PICOD, Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat، أطروحة في ديجون، مقدمة G.COUTURIER، L.G.D.J، 1989.

(2) Ph.MALAURIE et L.AYNÈS, Les contrats spéciaux، منشورات Cujas، الطبعة السابعة، 1993، رقم 834، صفحة 454 ـ F.COLIART DUTILLEUL et Ph.DELEBECQUE, Contrats civils et commerciaux، موسوعة Dalloz، الطبعة الثانية، رقم 946، صفحة 777.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 شباط 1967، الحكم المذكور سابقاً ـ B.HOUIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم III ـ 23، صفحة 576 وما يليها.

(4) انظر بهذا المعنى B.HOUIN الأطروحة السالفة الذكر، رقم III ـ 98، وما يليه، صفحة 658 وما يليها.

(5) الغرفة التجارية 15 كانون الأول 1969، الحكم المذكور سابقاً ـ B.HOUIN الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم III ـ 8، صفحة 558، والاجتهاد الغزير المستشهد به في التعليق رقم 1، رقم III ـ 31، صفحة 587.

(6) محكمة Aix-en-Provence، 28 آذار 1984، حكم استشهد به وعلق عليه J.MESTRE في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 106.

غير مقبولة ذلك بأنه لا يعود إلى القاضي، في غياب نص تشريعي، أن يحل محل فاعل الفسخ بالنسبة إلى تقدير ملاءمة متابعة العلاقات العقدية. والحال أن تطلب سبب عادل يقود بالضرورة إلى تقدير قيمة هذا السبب. يضاف إلى ذلك أن رقابة كهذه مفعولها قلب عبء الإثبات طالما أن على المدعى عليه تسويغ موقفه.

على أننا سوف نرى أن الاجتهاد يفرض إثبات سبب تسويغ صحيح للفسخ عندما يتعلق الأمر بوكالة تسمى «وكالة المصلحة المشتركة»، وجرى اقتراح امتداد هذا الحل إلى عقود «المصلحة المشتركة» جميعاً، وهذا يفرض تحديد مجال حق الفسخ الأحادي الجانب.

الفقرة 2 ـ فسخ عقود المصلحة المشتركة الأحادي الجانب

249 ـ تحدد نظرية المصلحة المشتركة في القانون العام ممارسة حق الفسخ الأحادي الجانب[1].

نظرية وكالة المصلحة المشتركة هي من إنتاج الاجتهاد الذي أخذ به المشترع أحياناً[2]. فالمادة 3، الفقرة الأولى من مرسوم 23 كانون الأول 1958 تنص على ما يلي: «تبرم العقود بين المعتمدين التجاريين وموكليهم لمصلحة الفريقين المشتركة». والمادة 4 من القانون رقم 91 ـ 593، تاريخ 25 حزيران 1991، المتعلق بالعلاقات بين المعتمدين التجاريين وموكليهم تستعيد كلمة كلمة النص السابق. وعقد التنشيط العقاري هو، حسب المادة 1831 من القانون المدني، وكالة مصلحة مشتركة يلتزم فيها شخص يسمى «منشطاً عقارياً» تجاه صاحب العمل بأن يعمل، لقاء ثمن متفق عليه عن طريق عقود إجارة عمل، على تحقيق برنامج بناء عمارة أو أكثر كما يعمل هو نفسه أو يجعل غيره يعمل، لقاء مكافأة متفق عليها، على القيام بالعمليات القانونية والإدارية والمالية جميعاً أو بقسم منها للمساهمة في الموضوع عينه.

وقد ذكّرت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 2004و 1134 من القانون المدني، في أول تموز 1986[3]، في صدد وكيل عام للتأمين، «بأن الموكل، إذا كان، حسب النص الأول، بإمكانه الرجوع عن توكيله عندما يحلو له ذلك، فليس بإمكانه القيام بذلك بدون سبب مشروع وبدون التأكد من رضا الوكيل عندما يكون مرتبطاً به بوكالة مصلحة مشتركة».

على أن قاعدة اللّارجوع عن وكالة المصلحة المشتركة ليس لها مدى مطلق. وهكذا استبعدت في تطبيق المادة 491 ـ 3 من القانون المدني. إنه الحل الذي تأكد بوضوح في 12

(1) J.GHESTIN, Le mandat d'intérêt commun, in Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derrupé، 1991، صفحة 105 وما يليها.

(2) انظر الرقم 571 اللاحق، للأنظمة المستنتجة من مبدإ التمثيل التجاري.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 186، صفحة 183.

أيار 1987 بهذه العبارات: «أوردت المحكمة البدائية عن وجه حق بأن لارجعية وكالة مصلحة مشتركة، ولو كانت مشترطة بصراحة، لا تقيد قاضي الوصاية الذي يملك، لمصلحة حماية عديمي الأهلية، بموجب المادة 491 ـ 3، الفقرة 3، من القانون المدني، إمكانية الحكم بالرجوع عن الوكالات التي يعطيها شخص كان موضوعاً في حماية القضاء»[1].

250 ـ سوف نحدد نظام وكالة المصلحة المشتركة قبل التساؤل عن المفهوم الأعم الذي اقترحه بعض المؤلفين لعقد المصلحة المشتركة.

I ـ نظام وكالة المصلحة المشتركة

251 ـ تطلب سبب تسويغ مشروع للفسخ ليس له مفعول منع ممارسة حق الفسخ الأحادي الجانب.

إلا أن محكمة النقض قبلت، في زمن أول، أن تكون وكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للرجوع عنها. وهكذا طرحت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 13 أيار 1885[2] من حيث المبدأ، ما يلي: «من حيث أن الوكالة، في القانون، عندما تعطى لمصلحة الموكل والوكيل، لا يمكن الرجوع عنها بإرادة أحد الفرقاء حتى أكثريتهم المستفيدة منها، وإنما برضاهم المتبادل أو لسبب مشروع يعترف به القضاء، أو أخيراً للأسباب وبالشروط الخاصة المبينة في العقد».

ومن غير المنازع منه اليوم أن لا تكون الوكالة لمدة غير محددة، ولو كانت للمصلحة المشتركة، صحيحة إلاّ أن تقترن بإمكانية الفسخ الأحادي الجانب[3]. فجرى التشديد على أن الموكل «يكون مسؤولاً إذا لم يكن بإمكانه أن يسوّغ، في حالة المعارضة، عمله بسبب مشروع للفسخ»[4]. غير أن الأمر لا يتعلق إطلاقاً بالحفاظ على العقد ضد إرادة الموكل[5] ويقوم القضاة فقط برقابة الأسباب التي دعت فاعل الفسخ إلى اللجوء إليه فيدخلون درجة أخرى في تقدير حسن النية.

252 ـ لا يسوّغ فسخ وكالة مصلحة مشتركة إلاّ بإثبات سبب مشروع.

في غياب وكالة مصلحة مشتركة يمكن الحكم على الموكل بالعطل والضرر كعقوبة للفسخ

(1) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية، I، رقم 148، صفحة 116.

(2) Sirey 87، I، صفحة 220. انظر مع صيغة مماثلة، النقض المدني، 11 شباط 1891، S.91، I، صفحة 121. انظر بالمعنى عينه غرفة العرائض، 22 كانون الثاني 1868، Dalloz 68، I، صفحة 169 ـ 6 كانون الثاني 1873، S.73، I، صفحة 24.

(3) B.HOUIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم II ـ 191 وما يليه، صفحة 371 وما يليها.

(4) B.HOUIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم II ـ 132، صفحة 292، رقم II ـ 207، صفحة 390 وصفحة 391.

(5) انظر بهذا المعنى M.BEHAR-TOUCHAIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 120 في نهايته.

الأحادي الجانب لعقد لمدة غير محددة[1]، وإنما لا يسوّغ ذلك إلاّ بإثبات خطإ أو غش يشكل تعسفاً في ممارسة هذا الحق في الفسخ الأحادي الجانب الذي سبب الضرر للوكيل[2].

وبالمقابل، ينبغي، إذا جرى الأخذ بوصف وكالة المصلحة المشتركة، أن يثبت الموكل أن الفسخ كان مسوّغاً بسبب مشروع، على وجه العموم بخطإ الوكيل الظاهر بشكل كافٍ.

وقد ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 آذار 1987[3]، طعناً يتمسك بأن «الخطأ الفادح» يمكن أن يسوّغ فسخ وكالة مصلحة مشتركة إذ لاحظت أنه «إذا كانت محكمة الاستئناف قد أخذت في النهاية بمفهوم وكالة المصلحة المشتركة فقد بينت أيضاً أن المصلحة التي كانت لشركة التأمين في هذا العقد تعود إلى «إنتاج كافٍ» لوكيلها وأن إنتاج السيد Dorner كان أدنى بكثير من المعايير المقبولة، وهكذا بينت وجود سبب مشروع للرجوع بدون تعويض».

يضاف إلى ذلك أن مفهوم السبب المشروع للرجوع أوسع من خطإ الوكيل[4].

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 28 حزيران 1967[5]، بأن الفسخ كان مسوّغاً في حالة التوقف عن صنع المنتوجات التي كان يشمل بيعها موضوع الوكالة. وقبلت بالأحرى الحل عينه في حكم بتاريخ 10 آذار 1976[6] عندما توقف الموكل في الوقت عينه ونهائياً عن إنتاج المنتوجات التي كان الوكيل مكلفاً بيعها وتوقف عن نشاطه، يضاف إلى ذلك أنه جرى إبلاغ الوكيل في مهلة معقولة.

وبإمكان الموكل أيضاً التذرع بإعادة تنظيم مؤسسة[7] شرط أن يكون لإعادة التنظيم هذه طابع حقيقي وخطير.

---

(1) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 12 كانون الأول 1967، النشرة المدنية III، رقم 411، صفحة 388؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15534، القضية الأولى تعليق J.HÉMARD.

(2) انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 10 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 121 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 آذار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 76.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 94، صفحة 71.

(4) النقض التجاري في 12 شباط 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 68، صفحة 58، نقض حكم بالملاحظة «إن هذا الحكم بإعلانه، إضافة إلى ذلك، أن Abner كان عليه، لتسويغ قراره بالفسخ، أن يثبت خطأ D.B.D.، اعترف بحق الموكل المزعوم، مع الأخذ في الحسبان تاريخ الاتفاقية السابق لمرسوم 28 كانون الأول 1958، في التذرع بسبب مشروع للرجوع (...)» ـ 28 حزيران 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 180، صفحة 168، الاستناد إلى غياب الخطإ وإلى سبب مشروع للرجوع في الوقت عينه.

(5) النقض التجاري في 28 حزيران 1967، المجلة الفصلية للقانون التجاري 1968، صفحة 111، رقم 4، ملاحظة J.HEMARD، وبناء على إحالة، محكمة استئناف أورليان، 27 أيار 1969، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، IV، صفحة 74؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، رقم 11، ملاحظة J.HÉMARD.

(6) D.1976، الصفحة 49 من الموجز.

(7) انظر النقض التجاري في 8 تشرين الأول 1969 (القضية الأولى)، D.1970، صفحة 144، طلبات J.LAMBERT؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، ملاحظة J.HÉMARD، «بيان إعادة تنظيم مزعومة للمؤسسة».

كما حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 28 أيار 1963[1]، انطلاقاً من تحققات قضاة الاستئناف التي بالاستناد إليها برهنت الشركة «على الطابع الحقيقي والخطير لإعادة التنظيم التي لجأت إليها» ومن تحقيقه على مراحل يعلم صاحب العلاقة، بأن «محكمة الاستئناف»، «استناداً إلى هذه الحققات والتقديرات المنتجة للسبب المشروع والطابع غير الفجائي للرجوع عن الوكالة، وهي لم تنكر أن الوكالة كانت لمصلحة مشتركة، سوّغت حكمها بشكل قانوني»، وردت طلب منح عطل وضرر لفسخ العقد الذي يربط هاوياً بوكيله الأمين.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 21 حزيران 1988[2]، بالمقابل، بأن «محكمة الاستئناف أخذت بصواب بأن إعادة تنظيم خدمة البيع، بهدف التملص من دفع العمولة وحسب، لا يمكن أن تعتبر سبباً مشروعاً للرجوع عن وكالة مصلحة مشتركة». وينتج في الحقيقة عن هذا الحكم أن إعادة تنظيم المؤسسة لا يمكن أن تسوّغ الفسخ الأحادي الجانب لوكالة المصلحة المشتركة عندما تكون مستوحاة من الهاجس الوحيد في الاقتصاد في المكافأة الواجبة الدفع لوكيلها.

ويمكن أن تجعل إعادة تنظيم المؤسسة ولا سيما توزيع المنتوجات الفسخ الأحادي الجانب لوكالة المصلحة المشتركة مشروعاً عندما يفرضها تطور هام، حتى «ثورة» في السوق.

وحكمت الغرفة التجارية في 21 تشرين الثاني 1966[3]، بأنه إذا كانت الصناعة المعنية، صناعة المعلبات في الحالة الراهنة، قد تناولتها «ثورة» ولا سيما عن طريق تدخل مراكز الشراء، حيث أن الشركة في هذه الظروف وأمام الاستحالة في أن تعمل على قبول تخفيض هام لعمولتها بالنسبة إلى الأعمال التي تتعامل بموجبها مع مجموعات شراء، كان لها سبب تسويغ مشروع الفسخ وكالة عميلها، مع استبعاد التعويض عن الفسخ».

كما حكمت في 13 تشرين الثاني 1969[4] «بأن الحكم المطعون فيه، بالإضافة إلى بيان (. . .) أن الفريقين كانا مرتبطين بعقد وكالة مصلحة مشتركة، تثبت بسيادة من أن نمو النشاط الصناعي لشركة Morey عدل الشروط الاقتصادية لاستثمارها التجاري، وجعل من الضروري إعادة تنظيم نظام التمثيل المعمول به مدة خمسين سنة في السابق فبدا مسبوقاً تجاه «الضرورات الاقتصادية الجديدة» التي استدعت في هذا الفرع بحثاً عن الزُبُن «في مرحلة البيع بالمفرق» وليس، كما كانت الحالة حتى ذلك الحين بالنسبة إلى 86% من رقم المبيعات، لدى أربعين بائعاً بالجملة فقط؛ وأن إعادة التنظيم هذه، الضرورية لتكييف طرق درس

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 259، صفحة 213. انظر أيضاً النقض التجاري في 11 تموز 1963 النشرة المدنية، III، رقم 376، صفحة 316.

(2) النشرة المدنية I، رقم 199، صفحة 136.

(3) النشرة المدنية IV، رقم 335، صفحة 313.

(4) النشرة المدنية III، رقم 444، صفحة 392.

أساليب التسويق انسجاماً مع تطور الممارسات التجارية، كانت تفرض نفسها على الرفاق Christophe الذين رفضوا ذلك رغماً عن المنافع المعادلة التي تتضمنها الاقتراحات الجديدة لشركة Moreyt بالنسبة إليهم، وأنه تمكن من الاعتبار أن الفسخ الذي قررته شركة Morey من جانب واحد كان له سبب مشروع، وبالتالي من رفض منح العطل والضرر اللذين طالب بهما الرفاق Christophe».

وإعادة التنظيم مقبولة في هاتين الحالتين كسبب تسويغ صحيح لحل الوكالة الأحادي الجانب بسبب تطور هام في السوق مع الأخذ في الحسبان قدم الروابط العقدية. ولا يمكن أن تكون لوكالة المصلحة المشتركة، عندما تعقد منذ مدة طويلة وفي الظروف الاقتصادية التي تطورت، نتيجة شل التكيف الضروري للمؤسسة مع تطور هام للسوق.

وقد لاحظت محكمة استئناف Aix-en-Provence، في 2 أيار 1975[1]، تجاه وكالة مصلحة مشتركة تهدف إلى توزيع الأدوية «ان الطبيعة ذاتها لعقد كهذا، حيث تصلح المصالح المتبادلة للوكيل والموكل تبادلنا كسبب يكتسب جوهرة ذاته من وحدة هذه المصالح، تتعارض مع أن يتمكن أحد الفريقين من بناء قراره بالفسخ الأحادي الجانب على الاعتبارات الاقتصادية الشخصية البحت وحسب التي تقحم مصلحتها الحاصرة وليس على خطأ شريكه في التعاقد». وقد حكمت بالتالي «بأن إعادة تنظيم الخدمات التجارية المقدمة كسبب للفسخ من قبل شركة مختبرات Laphal، ولو كانت مبنية على أساس تجاري وعلى تمويل ملائم، لا يمكن أن تعتبر بالتالي سبب تسويغ مشروع لهذا الفسخ، وتعفيها من موجب التعويض عن الضرر الناتج عنه للمستأنف عليه». وينبغي، كما لاحظ العميد Hémard[2] الذي أيد هذا الحكم، لكي تكون إعادة تنظيم المؤسسة سبباً صحيحاً للفسخ الأحادي الجانب، أن تكون قد «فرضتها الضرورة»[3].

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 4 أيار 1965[4]، لكي ترد طعناً يأخذ على محكمة الاستئناف انها أدانت الموكل بالتعويض عن الضرر الناجم عن فسخ أحادي الجانب لوكالة مصلحة مشتركة، بصورة خاصة «ان شركة Gobert» لم تشر في طلباتها إلى أي عجز في مؤسستها واكتفت بالتأكيد «أن إعادة تنظيم المؤسسة وتوقف مصلحة التمثيل في هذه القضية يشكلان السبب المشروع الوحيد للرجوع». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف التي لم تبين وجود أي إعادة تنظيم حقيقية للمؤسسة، وإنما تحققت على العكس

---

(1) Dalloz 1976، صفحة 344، تعليق J.HÉMARD.

(2) التعليق المذكور سابقاً.

(3) يستشهد المؤلف بهذا المعنى بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 28 كانون الثاني 1967، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، الطبعة G.، II، 15290 مكرر، تعليق P.LEVEL؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968، صفحة 111، رقم 24 ملاحظة J.HÉMARD ـ محكمة استئناف ليون، 17 تشرين الأول 1974، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1975، صفحة 169، رقم 9، ملاحظة J.HÉMARD.

(4) النشرة المدنية III، رقم 288، صفحة 261.

من الطابع النظري التي استخرجته شركة «Gobert» من التوقف المذكور سابقاً، تمكنت من التقرير أن سبب التسويغ الذي تحتج به شركة «Gobert» لا يشكل سبباً مشروعاً للفسخ». ومن المعروف أن صيغة «تمكنت من التقرير» تعبر فيها محكمة النقض عن تأييدها القانوني للحل المعروض على رقابتها(1). فالغرفة التجارية إذاً أيدت محكمة الاستئناف في القانون لاستبعادها توقف مصلحة التمثيل لدى الوكيل الذي وصفه الوكيل خطأ أنه إعادة تنظيم لمؤسسة كسبب شرعي للرجوع عن وكالة المصلحة المشتركة.

253 ـ معيار وصف وكالة المصلحة المشتركة.

كان مفهوم وكالة المصلحة المشتركة مقبولاً عندما كانت هذه الوكالة تابعة لاتفاقية تعطي الوكالة الطابع عينه.

وهكذا حكمت غرفة العرائض في 22 كانون الثاني 1868(2) «بأنه إذا كان قسم من الكمبيالات مظهراً على بياض وإذا كانت الوكالة الناتجة عن تظهير كهذا يتم الرجوع عنها عموماً بوفاة من أعطاها، ينبغي أن يكون الأمر على غير هذا النحو في الحالة التي تكون الوكالة المعطاة لمصلحة الوكيل وكذلك لمصلحة الموكل قابلة للرجوع عنها».

وقد قبلت غرفة العرائض الحل عينه في 6 كانون الثاني 1873(3)، تجاه وكالة معطاة بين شركاء في المستقبل ومن أجل تكوين الشركة.

وتم قبول هذا الوصف في ما بعد عندما يشارك الفريقان في عقد الوكالة في تحقيق موضوع مشترك.

ونقضت الغرفة المدنية في محكمة النقض، في 3 أيار 1885(4)، حكماً رفض إعلان وكالة غير قابلة للرجوع عنها في حين أن محكمة الاستئناف «لم تعترض على كون السيد Frédéric Fiat له صفة شريك في ملك أموال أنيطت به ادارتها لخمس سنوات، ولم يكن بإمكانها قانوناً أن ترفض الاعتراف بالمصلحة المالية التي كانت له، بصفته هذه، في تنفيذ وكالته». وهنا يشارك الوكيل في إدارة أموال كان شريكاً في ملكها وبذلك تشارك الوكالة في تحقيق الموضوع المشترك طالما أنه يتناول شيئاً مشتركاً بين الفريقين.

وهكذا كان من الواجب لتطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة أن تشارك هذه الوكالة في تحقيق موضوع مشترك يمثل مصلحة مالية للفريقين. وبالمقابل، لم يكن كافياً أن تمثل الوكالة، بطابعها المأجور، مصلحة بالنسبة إلى الوكيل، واستيفاء الوكيل أجراً لم يكن

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 469، انظر J.VOULET، المستشار في محكمة النقض في L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، الطبعة .G، I 2305، رقم 13 ورقم 14.

(2) D.68، I، صفحة 169.

(3) S.73، I، صفحة 24.

(4) Dalloz 1885 الدوري، I، صفحة 351؛ S.87، I، صفحة 220.

يشكل في الواقع الموضوع المشترك المطلوب. وقد ذكّر العديد من أحكام محكمة النقض بهذا المبدأ[1]. على أن «الوكالة غير قابلة للرجوع عنها بإرادة الأجير وحدها (. . .)، ويقتضي إضافة إلى ذلك تفحص ما (. . .) إذا كانت الوكالة قد أعطيت لمصلحة الموكل والوكيل»[2].

ولا يكفي بصورة عامة أن تكون للموكل وللوكيل مصلحة في تنفيذ الوكالة، ولا سيما عن طريق المكافأة المرتبطة بنشاط الوكيل. ينبغي أن تكون للفريقين حقوق مباشرة ومتنافسة على موضوع الوكالة أو أن يساهما بنشاطهما المتبادل وتعاونهما في ازدياد الشيء الذي هو مالهما المشترك.

وليس ذلك، مثلاً، حالة اتفاقية بمقتضاها تعترف إحدى الشركات لشخص ما بصفة مستشار تقني مكلف رقابة تنفيذ أشغال الصيانة[3]. كما أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 14 آذار 1984[4]، رأت «أن الوكالة المعطاة لوكيل عقاري ليست وكالة مصلحة مشتركة».

وقد طبق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة على وجه الخصوص في وضع ساهم فيه الوكيل في تكوين زُبُن مشتركين أو تكاثرهم يمثل بصورة خاصة الموضوع المشترك المبين في القرارات السابقة.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 8 تشرين الأول 1969[5]، «ان تحقيق موضوع الوكالة يمثل بالنسبة إلى الموكل والوكيل Rosier «مصلحة انطلاق المؤسسة لإيجاد الزبن وتكاثرهم، وهي مصلحة مشتركة تسوّغ بالنسبة إلى الرجوع عن هذه الوكالة شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهم موضوعها إلاّ الموكل» و«أن محكمة الاستئناف تمكنت بذلك في الحالة الراهنة من وصف الوكالة بالمصلحة المشتركة».

كما لاحظت الغرفة التجارية نفسها، في 20 كانون الثاني 1971[6]، «ان تحقيق

---

(1) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، أول أيار 1907، S.1908، I، صفحة 88، «من حيث أن هذه الوكالة، لأن مكافأة هامة إلى حد ما كانت مشترطة، لا يمكن أن تعتبر معطاة لمصلحة الوكيل والموكل» ـ النقض المدني في 4 آذار 1914، D.P.1916، I، صفحة 68 ـ النقض الاجتماعي في 30 كانون الأول 1949، S.1950، I، صفحة 103 ـ النقض المدني، 6 كانون الثاني 1965، النشرة المدنية، IV، رقم 12، صفحة 11. ـ النقض المدني، الغرفة الأولى، 11 حزيران، النشرة المدنية، I، رقم 223، صفحة 179، من حيث أن محكمة الاستئناف «باكتفائها بالأخذ بأن هذا الأخير تلقى مكافأة لتنفيذ العقد، بدون بيان عناصر أخرى كفيلة بتسويغ طابع وكالة المصلحة المشتركة الذي تنسبه إليها، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

(2) النقض المدني في 11 شباط 1891، S.91، I، صفحة 121.

(3) حكم محكمة استئناف ليون، 18 آذار 1974، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، IV، صفحة 224.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 93، صفحة 77.

(5) D.1970، صفحة 143، طلبات J.LAMBERT؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، رقم 12، ملاحظة J.HÉMARD.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 19، انظر، مع صيغة مماثلة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 30 تشرين الأول 1978، D.1979، صفحة 58، من التقرير ـ 2 تموز 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 222، صفحة 180.

موضوع الوكالة يمثل بالنسبة إلى Rosier كما لـ Pantz مصلحة انطلاق المؤسسة لإيجاد الزبن وتكاثرهم، وهي مصلحة مشتركة تسوّغ بالنسبة إلى هذه الوكالة شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهم موضوعها سوى الموكل» لكي تستنتج من ذلك أن:محكمة الاستئناف، بعد أن استبعدت نظام المسافرين والممثلين الوسطاء التجاريين ونظام الوكلاء التجاريين كما هو محدد في مرسوم 28 كانون الأول 1958، تمكنت، في الحالة الراهنة، من وصف الوكالة بالمصلحة المشتركة».

وهذا الإسهام في انطلاق المؤسسة عن طريق تكاثر الزبن، بالنسبة إلى الغرفة التجارية، حسب حكمها الصادر في 2 تموز 1979[1]، كافٍ، ومن غير المهم بالنسبة إلى الوكيل «أن يكون مهتماً بموضوع الوكالة نفسه، أي أن يتملك حقوقاً متنافسة مع حقوق الموكل في هذا الموضوع»، بحيث أنه ليس من الضروري التحقيق، لتمييز وكالة المصلحة المشتركة، من «حق شخصي» للوكيل «في الزبن موضوع الاستثمار باسم الموكل ولحسابه».

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في تاريخ 17 أيار 1989[2]، حكماً أنكر، لاستبعاد وصف وكالة المصلحة المشتركة، أن يمثل نشاط مراسل صحيفة Sud-Ouest الهادف إلى «البحث، مقابل عمولة، عن طائفة دعايات لنشرته Réole (. . .) فائدة لانطلاق زبن الصحيفة». ففي عرف محكمة النقض «ان محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بعد أن بينت أن السيد Lescombes، تمكن من تكوين شبكة زبن من بين المعلنين في صحيفة Sud-Ouest، لم تستخرج النتائج القانونية لتحققاتها».

وبينت الغرفة المدنية الأولى، في أول تموز 1986[3]، في صدد وكيل عام للتأمين، بعد أن ذكّرت بالنظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة، بأن العقد «يفرض عليه أن يكون وكيلاً أميناً ومخلصاً لشركة Winterbür، وأنه من البديهي أن يتمكن كل من الفريقين من أن يحظى من هذه الاتفاقية بمصلحة مرتبطة برقم المبيعات الذي حققه الوكيل»، بحيث أن محكمة الاستئناف «كان عليها البحث عما إذا كان الرجوع عن هذه الوكالة من قبل شركة التأمين مسوّغاً بسبب مشروع أم لا».

وهكذا، في عرف الغرفة التجارية في محكمة النقض، حسب حكمها الصادر في 6 كانون الثاني 1965[4]، ليس ثمة وكالة مصلحة مشتركة لصالح الوكيل المكلف تحصيل الديون ما دام أنه ليس في وسعه «تسويغ تدخل لإيجاد الزبن وتكاثرهم بموجب وكالته».

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 222، صفحة 180.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 105.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 186، صفحة 183.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 12، صفحة 11.

254 ـ القواعد الاجتهادية التي تسوس فسخ وكالة المصلحة المشتركة هي قواعد بديلة.

يعترف اجتهاد مستقر للفريقين بحرية اشتراط العودة إلى القانون العام[1].

وأكدت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 كانون الأول 1973[2]، ذلك بالصورة الأكثر وضوحاً في العبارات التالية: «ولكن من حيث أن محكمة الاستئناف التي بينت أن الفريقين، حتى شهر آذار 1964، استبدلا تدريجياً بعقد الإيداع الأولي وكالة معقودة لمصلحتهما المشتركة، إلاّ أن الاتفاقية الجديدة لم تكن خطية وفقاً لنصوص مرسوم 23 كانون الأول 1958، وأن André لم يقم بتسجيل نفسه في السجل المذكور في هذا المرسوم، لم تتناقض مع نفسها بالأخذ بأنه كان يعود إلى André إثبات الطابع التعسفي للفسخ في 31 آذار 1964، ما دام أنها بينت، بصواب، أن البند المتعلق بإمكانية الفسخ المتبادلة بدون تعويض التي لم تلغ كان مباحاً في إطار وكالة المصلحة المشتركة، وأن André لم يكن بإمكانه الادعاء بعطل وضرر إلاّ أن يثبت الطابع التعسفي للفسخ».

ومن المعروف حسب محكمة النقض أن «استبعاد تطبيق مرسوم 23 كانون الأول 1958» المتعلق بنظام الوكلاء التجاريين، «لا يتناول إمكانية التذرع بالمفاعيل المرتبطة بموجب القانون العام بالوكالة المعقودة لمصلحة الموكل والوكيل المشتركة»[3]. وفي حين أن هذا النظام من الانتظام العام بحيث أن الحماية التي يعطيها للوكلاء التجاريين النظاميين لا يمكن تقليصها باشتراط في عقودهم[4]، فإن نظام الحماية، بالمقابل، الناجم عن تطبيق مفهوم وكالة المصلحة المشتركة يمكن إعداده بحرية بإرادة الفريقين[5].

وقد ذكرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 حزيران 1989[6]، في

---

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 10 شباط 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 39، صفحة 31؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، صفحة 556، رقم 2، ملاحظة G.CORNU. ـ 10 تشرين الثاني 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، الطبعة G. II، 11509، تعليق M.T. ـ 15 كانون الأول 1954، النشرة المدنية III، رقم 395، صفحة 301 ـ النقض المدني، 13 أيار 1885، D.P.85، 1، صفحة 350 ـ B.HOUIN الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم III ـ 275، صفحة 474 وما يليها ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 آذار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 61.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 358، صفحة 319 ـ انظر بالمعنى عينه حكم 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV رقم 51، صفحة 50.

(3) النقض التجاري، 8 تشرين الأول 1969، D.1970، صفحة 173، طلبات J.LAMERT.

(4) إن المادة 15 من قانون 25 حزيران 1969 الذي سن نظاماً جديداً للوكلاء التجاريين تعتبر عدداً معيناً من الاشتراطات المتعارضة مع هذه الأحكام غير خطية، مما يعني تأكيد طابعها من الانتظام العام.

(5) على نقيض ذلك، A.BRUNET, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun, in Mélanges dédiés à Alexe Weill موسوعة Dalloz، 1983، رقم 30، صفحة 103.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 229، صفحة 153.

تعابير مبدئية، «بأن وكالة المصلحة المشتركة يمكن الرجوع عنها، إمّا بالرضا المتبادل، وإمّا ببند مشروع يعترف به القضاء، وإمّا بالاشتراطات والأشكال الواردة في الاتفاقية». واستنتجت من ذلك «أن الحكم المطعون فيه ذكّر بأن ثمة نصاً على إمكانية كل من الفريقين في العدول في أي وقت، بكتاب عادي، شرط الإخطار بمدة شهر وأن SCAM استخدمت هذه الإمكانية في 23 حزيران 1981، وأن الرجوع كان متاحاً بالتالي، وأن الحكم المطعون فيه، بسبب هذا التسويغ المستبدل بأسباب تسويغ محكمة الاستئناف، مسوّغ قانوناً». والاستبدال بهذا السبب يعطي، كما هو معلوم، قيمة خاصة وإضافية للمبدأ الذي طرحته محكمة النقض.

وقد استعادت الغرفة التجارية في محكمة النقض هذا المبدأ، في 6 تموز 1993[1]، وأخذت بأن «وكالة المصلحة المشتركة لمدة غير محددة لا يمكن الرجوع عنها إلاّ برضا الفريقين المتبادل أو لسبب يعترف به القضاء أو كذلك وفقاً للشروط والبنود المبنية في العقود». إلاّ أنه يبدو أن الحكم استخرج نتائج أكثر تقييداً مما استنتجه في الحكم السابق. وبالفعل أخذ الحكم بأن الفريق الذي تم فسخ عقده «ليس في وسعه الادعاء بأي تعويض فسخ لم يلحظه الفريقان، ذلك ان شريكه في التعاقد احترم البند الذي استند إليه الفريقان في آونة قطع علاقاتهما وبمقتضاه «يجب أن يبلغ الفسخ بكتاب مضمون مع إشعار بالتسلم مع مراعاة الإخطار لمدة ثلاثة أشهر». وتم نقض الحكم لنقض في الأساس القانوني بحجة أن محكمة الاستئناف كان عليها «بالنظر إلى بند هدفه تحديد شروط الشكل والمهلة للإخطار بفسخ وكالة المصلحة المشتركة أن تبحث عما إذا كانت شركة Schotte قد سوّغت الفسخ بسبب مشروع وعما إذا كانت شركة Fournier قد عدلت اتفاقياً عن حقها في التعويض عن الضرر الذي سببه الفسخ». لا يكفي إذاً لاستبعاد نظام وكالة المصلحة المشتركة أن يأتي العقد على ذكر شروط الشكل ومهلة الإخطار: من الضروري أن يكون العدول عن حق التذرع بالتعويض الذي لا يفترض افتراضاً داخلاً في العقد.

وإذا كان بإمكان الفريقين العودة إلى نظام وكالة المصلحة المشتركة فالحالة ليست كذلك بالنسبة إلى العادات الشخصية. وهذا ما حكمت به الغرفة التجارية في 2 آذار 1993[2]، في صدد فسخ العقد الشفهي. وقد أخذت، بعد أن ذكّرت بأن وكالة المصلحة المشتركة قابلة للرجوع عنها بطبيعتها، من جانب واحد، بأن العادات الشخصية لا يمكن أن تتفوق على القانون.

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 287، صفحة 204؛ Contrats. Concurrence- consommation، 1993، رقم 206، تعليق L.LEVENEUR.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 61؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، II، 22176، تعليق M.BEHAR - TOUCHAIS؛ Dalloz - Sirey, 1994، صفحة 48، تعليق T. AUBERT- MONPEYSSEN, Consonnation; ،1993، رقم 106، تعليق L.LEVENEUR .Contrats.

II ـ عقد المصلحة المشتركة

255 ـ رد محكمة النقض مفهوم عقد المصلحة المشتركة.

اقترح بعض المؤلفين، انطلاقاً من مفهوم الزبن المشتركين، امتداد نظام وكالات المصلحة المشتركة إلى جميع العقود المسماة «للمصلحة المشتركة»[1].

على أن الاجتهاد رفض بحزم قبول توسع كهذا لمجال النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة في غياب وكالة حقيقية. وسنكتفي هنا بالتذكير بالاجتهاد المتعلق بأصحاب الامتيازات وبوكلاء الدعاية وبالوسطاء التجاريين.

أ ـ أصحاب الامتيازات:

256 ـ رد محكمة النقض تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على أصحاب الامتيازات.

جرى الأخذ والحكم في بعض أحكام قضاة الأساس بأن عقد الامتياز، بسبب التكامل الذي يحققه ومن هنا بسبب الزبن الذين يتكونون عن طريق صاحب الامتياز لصالح مانح الامتياز حصراً على وجه التقريب، يجب أن يوصف بوكالة مصلحة عامة وأن يخضع لنظام هذه الوكالة بالنسبة إلى الفسخ الأحادي الجانب للعقود لمدة غير محددة[2].

وقد ردت محكمة النقض بحزم هذا الحل بالحجة الجوهرية بأن الأمر لا يتعلق بعقد وكالة مما يحظر أن يطبق عليه حل خاص بهذا العقد الخاص.

فنقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 12 شباط 1968[3]، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، حكماً قضى «بأن الاتفاقية المنازع فيها للتوزيع الحصري كانت وكالة مصلحة مشتركة لا يمكن الرجوع عنها إلاّ بسبب خطإ الوكيل». فبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بدون تحديد شروط التنفيذ وكيفياته في شأن الاتفاقات المذكورة أعلاه، وبدون استبعاد طلبات Abner غير المعترض عليها لهذا السبب ـ التي عرضت أن شركة D.B.D اشترت ثم باعت بعد الشراء المجزّات باسمها الخاص وعلى مسؤوليتها وبحرية تامة، بكونها مجرد صاحب امتياز للشراء وإعادة البيع يكافأ بأرباح وليس بعمولة، لم تسوّغ وصف وكالة المصلحة المشتركة التي أعطته للعقد».

---

(1) انظر على وجه الخصوص A.BRUNET, Clientèle commune et contrat d'intérêt commun، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 85 وما يليها.

(2) انظر D.FERRIER, L'intérêt commun dans le contrat de concession، كراسات قانون المقاولات، 1979 ـ 6، صفحة 12 ـ A.BRUNET، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 91 وما يليه، رقم 15 وما يليه.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 68، صفحة 59.

وردت الغرفة التجارية، في 13 أيار 1970[1]، طعناً أخذ على قضاة الاستئناف بأنهم حكموا بأن العقد المنازع فيه كان اتفاقية بيع وليس وكالة مصلحة مشتركة تسوّغ إعطاء عطل وضرر لفسخ أحادي الجانب مجرد من أسباب تسويغ مشروعة. ولاحظت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، من جهة أخرى (. . .) أعلنت أن المحاكم غير مقيدة بظاهر العقد، ويعود إليها البحث عن نية الفريقين الحقيقية، وبينت أن شركة Virfollet اشترت «بصورة باتة» من Fonderies Cury «المسابك الخام» المفوترة من المصنع إلى شركة Virfollet، وأن هذه الفوترة لم تكن شكلية إذ تفسح في المجال لإنشاء كمبيالات تسحبها شركة Cury على شركة Virfollet، بدون الأخذ في الحسبان واقع أن شركة Virfollet كانت مغطاة بزبائنها الخاصين أم لا، هؤلاء الزبائن الذين كانت هذه الشركة ترسل إليهم باسمها وتستوفي عن طريقهم «بصورة مستقلة تماماً عن شركة Cury» وأن شركة Virfollet التي أصبحت مالكة السلع تصرفت بها بحرية واستوفت ثمن البيع بعد الشراء وأمنت المسؤولية الكاملة للسلع المرسلة بأخذها على عاتقها الاحتمالات الطفيفة». وأخيراً حكمت الغرفة التجارية «بأن محكمة الاستئناف تمكنت، من أسباب التسويغ المتنوعة هذه التي تفسر شروط العقد الغامضة، من أن تستنتج أن هذا العقد ما زال عقد بيع».

وكما لاحظ السيد Guyénot في تعليقه على هذا الحكم «قرر الاجتهاد المبني على الارتباط القانوني لصاحب الامتياز، وعلى وجه أخص على غياب الوكالة، ان صاحب الامتياز ليس في وسعه أن يطالب بتعويض مماثل للتعويض المعطى للوكيل ولا أن يحصل على تطبيق نظرية وكالة المصلحة المشتركة (. . .). فالاجتهاد يعتبر أن الزبن عنصر من مؤسسته التجارية. وبصفته تاجراً مستقلاً قانونياً يفترض أنه أنشأها، وهي تعود له قانونياً، ولو كانت في الواقع ستفلت منه لدى انقضاء حصرية التمثيل».

وحكمت الغرفة التجارية بشكل أوضح أيضاً، في 27 تشرين الأول 1970[2]، بهذه التعابير «ولكن، من حيث أن محكمة الاستئناف بينت، من جهة أولى، استناداً إلى عقد عام 1962، ان مواد Emco المباعة بعد الشراء في فرنسا من قبل شركة Metra كانت قد اشترتها هذه الشركة من شركات Emco، واي شركة Metra لم تتصرف بصفة وكيلة شركةEmco، وأعلنت بصواب، من جهة ثانية، أن اشتراط عائدة عن المبيعات التي جرت في «قطاع» Metra الحصري، بدون المرور بوساطة شركة Metra، لم يكن يميز، في هذه الحالة، نشاط وكيل هذه الشركة، وأنها سوّغت بالتالي حكمها بأن شركة Metra لم تكن وكيلة لشركات

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 161، صفحة 144؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G. II، 16891، تعليق A.SAYAG؛ D.1970، صفحة 701، تعليق J.GUYÉNOT؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1971، صفحة 159، رقم 6 ملاحظة J.HÉMARD.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16689، ملاحظة P.L؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1971، صفحة 420، رقم 7، ملاحظة J.HÉMARD.

Emco، وإنما صاحبة امتياز حصلت عليه منها وحسب، وأن محكمة الاستئناف تمكنت بالتالي من إعلان أن العقد لمدة غير محددة الذي يربط الفريقين كان، عدا التعسف، قابلاً للفسخ في أي وقت بإرادة أحد الفريقين وحدها».

إن نظام وكالة المصلحة المشتركة هو غير قابل للتطبيق هنا أيضاً ما دام أن وصف العقد تم استبعاده.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 حزيران 1972[1] أيضاً، إن «شركة S.I.T.O كانت قد باعت لحسابها سلعاً جرى شراؤها في أول الأمر من شركتي Yashica» لتستنتج من ذلك أن محكمة الاستئناف «قررت بصواب أن الفريقين لم يكونا مرتبطين بوكالة مصلحة مشتركة وإنما بامتياز بيع حاصر يمكن لكل منهما وضع نهاية له بحرية، في أي وقت، شرط عدم التصرف تعسفياً».

وحكمت الغرفة التجارية نفسها، في 28 أيار 1973[2] «بأن محكمة الاستئناف التي بينت أن الاتفاقية التي تربط الفريقين كانت تتضمن امتياز استثمار نشر مجلة على مسؤولية المستثمر ولمنفعته وحسب، قررت، بصواب، أن الأمر لم يكن متعلقاً بوكالة مصلحة مشتركة».

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 أيار 1976[3]، أن «شركة Dihor (. . .) كان قد أنيط بها أن تمثل شركة Bamberger في فرنسا وأن تبيع فيها أجهزة تنوير تصنعها هذه الشركة التي كانت تفوتر لها مشترياتها وأن شركة Dihor بدورها كانت توجه إلى زبنها، بائعي الجملة والمفرق الفرنسيين، فواتيرها الخاصة» وحكمت «بأن محكمة الاستئناف التي تمكنت من أن تستنتج من هذه التحققات أن شركة Dihor لم تكن الوكيلة التي تكافأ بالعمولة وإنما صاحبة الامتياز غير الحصري لشركة Bamberger قد سوّغت حكمها».

وفي 9 آذار 1976[4] أعلنت الغرفة التجارية نفسها، مع رد الطعن المقدم إليها لأن سبب التسويغ المعني كان وافراً وأن الإدانة مسوّغة بما فيه الكفاية بالطابع التعسفي للفسخ، صراحة ان سبب التسويغ «المعتمد على أساس أن عقد الامتياز المبرم، بسبب ظروف القضية بدون تحديد مدة، لا يمكن أن يفسخ من قبل مانح الامتياز في غياب أسباب تسويغ صحيحة».

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 205، صفحة 198.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 187، صفحة 119.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 166، صفحة 141.

(4) D.1976، صفحة 388.

257 ـ ردت محكمة النقض، من وقت أحدث، بوضوح مفهوم عقد المصلحة المشتركة الذي يهدف إلى امتداد نظام وكالة المصلحة المشتركة إلى عقود أخرى غير الوكالة.

نقضت الغرفة التجارية أيضاً، في 30 تشرين الثاني 1982[1]، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، حكماً بالملاحظة «إن محكمة الاستئناف، لكي تعلن أن فسخ الشركة العقد الذي يربط الفريقين كان يسوّغ منح تعويض للسيدة Berthier، أعلنت أن فسخ اتفاقية مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة يؤدي إلى دفع هذا التعويض إلاّ في حال إثبات خطإ بحق الشريك في التعاقد». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، وقد تحققت من أن السيدة Berthier تلقت السلع التي أرسلت إليها مع فواتيرها لتسدد المبلغ إلى مورّدها كي تتّجر بها فتعيد بيعها لحسابها الخاص بثمن غير مفروض، بدون أن تكافأ بالعمولة وإنما بالاستفادة من ربحها، لم تستخرج النتائج القانونية لتحققاتها».

وكما لاحظ المعلق على هذا الحكم «إن الحكم الذي أصدرته محكمة النقض في 30 تشرين الثاني 1982 رد بصورة قاطعة وصف الاتفاقية بأنها للمصلحة المشتركة التي نسبت الى عقد التوزيع الحصري.

كان اللجوء إلى نظرية وكالة المصلحة المشتركة، في زمن أول، قد استخدم لتأمين حماية مزيدة للموزع الحصري، ولا سيما للوسيط التجاري، ضد فسخ غير مسوّغ للعقد الذي يربطه بمورّده. ثم أمام استحالة قبول صفة وكيل الموزع الذي يشتري لكي يبيع بعد الشراء لحسابه، انطلق مفهوم عقد المصلحة المشتركة من أجل الحفاظ على هذه الحماية.

لم تكن محكمة النقض قد اتخذت بعد موقفاً واضحاً من هذه الصفة، فاتخذته في القضية الراهنة بالرجوع إلى مفهوم المصلحة المشتركة في إطار عقد الوكالة وحده. فنقضت حكم محكمة استئناف بوردو الذي رأى أن الاتفاقية بكونها مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة، بدون أي تحديد آخر، يجب أن يؤدي فسخها غير المسوّغ إلى تعويض على عاتق فاعل هذا الفسخ. وقد تم قبول هذا الحكم الذي يبدد الالتباس الواقع باستخدام تسامحي لمفهوم المصلحة المشتركة في عقود التوزيع التجاري.

هناك إذاً رد قاطع لتطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة على عقد ليس وكالة.

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 383، صفحة 320؛ كرّاسات قانون المقاولات، 1983 ـ 2، صفحة 25، في Absence d'intérêt commun dans la concession، تأليف D.F.

ب ـ وكلاء الدعاية:

258 ـ ليس نظام وكالة المصلحة المشتركة قابلاً للتطبيق على وكلاء الدعاية في حال عدم التحقق من عقد وكالة.

حكمت محكمة التجارة في سين، في حكم بتاريخ 22 حزيران 1962[1]، بأن السيدة Boncourt التي عهد إليها من قبل SOV بالدعاية لمنتج Vitapointe كان بإمكانها الإفادة من «مصلحة مشتركة» وقد قامت «بدورها كموزع دعاية وبالتالي كوكيل تجاري مرتبط بوكالة باتفاقيات مبرمة لمصلحة الفريقين المشتركة». واستنتجت من ذلك أن الفسخ غير المسوّغ لهذا العقد يسوّغ إعطاء عطل وضرر.

بيد أن الحكم فسخته محكمة استئناف باريس في 24 حزيران 1963[2]. فقد تحقق قضاة الاستئناف «من أنه لم يبرهن على أن السيدة Boncourt أتمت الأعمال الأساسية لمهمتها بصفة وكيلة SOV، وذلك شرط لا غنى عنه لكي يمكن اعتبارها وكيلة تجارية وعلى وجه أخص وكيلة دعاية لهذه الشركة». ثم أضافوا «أنه ثبت أن جميع العقود المبرمة عن طريق السيدة Boncourt بين شركة SOV وأركان الدعاية قد وقعها الزبون نفسه وشركة SOV ولم توقعها السيدة Boncourt المدعى أنها وكيلة، وأن كلفة الدعاية كانت مفوترة مباشرة من قبل أركان SOV، وأن المدفوعات تمت مباشرة من قبل SOV (. . .)». واستنتجوا من ذلك «أن السيدة Boncourt في هذه الأحوال لا يمكنها أن تطالب بصفة وكيلة دعاية، وأنها «ليست وكيلة» بحيث «أنه ليس في وسعها إذاً بناء ادعائها بالعطل والضرر بشكل صحيح على وكالة المصلحة المشتركة المزعومة التي كان يمكن أن تكون شركة SOV قد أناطتها بها».

وردت الغرفة التجارية في محكمة النقض الطعن المقدم ضد هذا الحكم، في 3 كانون الثاني 1967[3]. فقد أعلنت، بعد أن ذكّرت بأسباب تسويغ قضاة الاستئناف، أن «الحكم، في حالة هذه التحققات والتقديرات، تمكن، من جهة أولى، من التقرير أن السيدة Boncourt تصرفت بصفة وسيط وليست بصفة وكيل (. . .)، وأن محكمة الاستئناف، من جهة ثانية، بالنسبة إلى نشاط السيدة Boncourt الوحيد بصفة مستشار في الدعاية، قد أجابت بذلك على الطلبات المذكورة أعلاه المبنية حصراً على وجود وكالة مصلحة مشتركة مزعومة، ولم يكن ثمة أي خطإ أو غش تم التذرع به في الاستئناف من شأنه أن يشكل بحق SOV تعسفاً في استعمال حقها في وضع نهاية للعقد لمدة غير محددة موضوع النزاع».

---

(1) مجلة الاجتهاد التجاري، 1962، صفحة 304، ملاحظة B.LYONNET؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 607، رقم 12، ملاحظة J.HÉMARD.

(2) المرجع عينه، رقم 309.

(3) D.1967، صفحة 369.

يكفي إذاً حسب حكم محكمة النقض استبعاد صفة الوكالة لكي يستنتج أن نظام وكالة المصلحة المشتركة لا يمكن أن يطبق.

وقد وصفت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم أول بتاريخ 12 كانون الأول 1967[1]، صراحة بالوافر سبب تسويغ قضاة الاستئناف الذي استندوا إليه لإدانة فسخ عقد دعاية على أساس وصف وكالة المصلحة المشتركة ولكي لا يأخذون إلاّ بواقع أنه لم يكن هناك «تعسف في استعمال حق» الفسخ الأحادي الجانب.

كما ردت الغرفة التجارية نفسها في حكم ثانٍ في اليوم نفسه[2] طعناً يأخذ على قضاة الاستئناف بصورة خاصة بأنهم لم يسوّغوا «سبب الدعم المتعلق بطابع «المصلحة المشتركة للوكالة التي تربط الفريقين». ولاحظت لكي تسوّغ هذا الرد أن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحققات والتقديرات التي ينتج عنها على وجه الخصوص أن Airwell أبرم مع «Publicité 28»، بدون أن يخصصها بحصرية، بناء على اقتراحات وطلبات خاصة ومجددة، اتفاقيات متعاقبة لأشغال دعاية تنفذها هذه الشركة وفقاً لتوجيهات وتعليمات محددة، تمكنت من أن تقرر (. . .) إن هذه الطلبات لم تنشىء على عاتق Arweil، في غياب أي تعهد خاص، موجب البقاء زبوناً لشركة «Publicité 28» إلى ما لانهاية له، وأنها سوّغت رفضها بإعطاء السيد Airwell العطل والضرر».

كما رفضت الغرفة التجارية نفسها في محكمة النقض، في 10 حزيران 1969[3]، تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على وكالة دعاية إذ لاحظت أن «الوكالة لم تكتف بتنفيذ وكالة (. . .) وإنما تصرفت باسمها الخاص وتحت اسم شركة لم يكن اسم الشركة المفوضة». غير أن هذا القرار، بدون أن يعلن ذلك صراحة، طبق وصف الوسيط التجاري إذ أخذ بالسمات التي تميز هذا العقد. وسنجد ذلك في صدد عقد الوساطة. وتكفي الآن ملاحظة أن التحقق الوحيد تجاه وكلاء الدعاية، من أن العقد المتنازع فيه لم يكن وكالة يكفي، بالنسبة إلى محكمة النقض، لتسويغ استبعاد النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة.

ج ـ الوسطاء التجاريون:

259 ـ يتميز عقد التفويض عن الوكالة بالطابع غير التام لتمثيل المفوض.

ليس ثمة وكالة إلاّ أن يكون هناك تمثيل تام، وتنتج مفاعيل العمل المنجز من قبل الوكيل مباشرة في ذمة الموكل ـ الممثل المالية. وبالمقابل ليس ثمة وكالة وإنما تفويض، أو

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 15534، تعليق J.HÉMARD، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1968، صفحة 753، رقم 13، ملاحظة J.HÉMARD.

(2) المرجع عينه.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 209.

تسخير أو إعلان الحائز الحقيقي إذا كان التمثيل غير تام، فيتصرف الممثل تماماً لحساب الممثل وإنما باسمه الخاص، بحيث أن مفاعيل العمل تتحقق أولاً في ذمته المالية وينبغي أن تنقل بعد ذلك إلى الممثل.

ويجب أيضاً، داخل العقود التي تحقق تمثيلاً غير تام، القيام بتفريق بين الوساطة التي لا تستدعي على الإطلاق أن يجهل الأشخاص الثالثون هوية الممثل من جهة أولى، ومن جهة ثانية إعلان الحائز الحقيقي، وإنما بدون هوية الممثل عند إبرام العقد، وأخيراً المسخّر الذي لا يعلن عن صفته كممثل[1].

260 ـ ترفض محكمة النقض تطبيق نظام وكالة المصلحة المشتركة على عقد التفويض.

كما لاحظ السيد Bénabent[2] أنه، «عندما يكون العقد لمدة غير محددة يملك كل فريق إمكانية الفسخ الأحادي الجانب». ويضيف «أن تياراً فقهياً واجتهادياً معيناً، إذ لاحظ أن التمثيل يؤمن مصالح الفريقين، حاول أن تمتد إليه القواعد التي ظهرت في صدد وكالة المصلحة المشتركة التي تقود إلى التعويض على الوسيط في حالة الفسخ»[3]. ويضيف هذا الكاتب قائلاً «على أن هذا الحل المرتكز على مفهوم مغلوط لوكالة المصلحة المشتركة (الذي يستوجب فائدة للفريقين في القضية التي تنفذ وليس فائدة يجنيها الوكيل المكافأ) رفضته بشكل حازم محكمة النقض التي لا تسمح بإعطاء الوسيط العطل والضرر إلاّ أن يكون بالإمكان بيان ظروف تجعل الفسخ تعسفياً»[4].

ويلاحظ السيد Pétel[5] أيضاً أن «عقد التفويض» وهو وكالة مهنية في جوهره، لا يستفيد من القواعد المطبقة على وكالة المصلحة المشتركة».

وجرى الحكم بأن وكالة المصلحة المشتركة يمكن أيضاً أن تمدد[6]. فقد حكمت

---

(1) انظر الرقم 564 اللاحق وما يليه.

(2) مصنف الاجتهادات التجارية، الكراسة 365 (1983)، الوسطاء التجاريون بصورة عامة.

(3) يستشهد السيد Bénabent بما يلي: «المحكمة البدائية في Annecye، 2 تموز 1961، 8 تموز 1964، D.S 1965، صفحة 333، تعليق R.PIAISANT ـ J.HÉMARD, Contrats commerciaux، رقم 738. ـ G.RIPERT et R.ROBLOT, Droit commercial، الجزء II، رقم 2641».

(4) يستشهد هذا المؤلف بهذا المعنى بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 10 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 49، صفحة 49، D.S.1970، صفحة 392. ـ 27 حزيران 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 153 ـ محكمة استئناف Rennes، 9 تموز 1974، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 17990، تعليق R.PLAISANT.

(5) Les obligations du mondataire، منشورات Litec، 1988، مقدمة M.CABRILLAC، 1988، صفحة 12.

(6) الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 شباط 1970، النشرة المدنية، IV، رقم 58، صفحة 55؛ D.1970، الصفحة 135 من الموجز.

محكمة استئناف باريس بالمقابل، في 20 تشرين الثاني 1963[1]، بأن عدم تمديد العقد، في حالة التفويض لمدة محددة، عدا عدول أحد الفريقين قبل ستة أشهر، لا يعطي الحق في التعويض على الوسيط.

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض منذ 10 حزيران 1969[2]، بأن نظرية وكالة المصلحة المشتركة كانت غير قابلة للتطبيق على عقد التفويض.

ولاحظت، في صدد وكالة للدعاية، أن «محكمة الاستئناف ردت طلب الوكالة بالتعويض عن الضرر الذي سببه لها فسخ وكالة المصلحة المشتركة المزعومة التي أعطته Les Ateliers». وحللت الطعن الذي يتمسك بأن «التمثيل لم يكن، من جهة أولى، من جوهر الوكالة ولا يؤثر في العلاقات بين الموكل والوكيل، وأنه ينجم عن التحققات الخاصة للحكم المطعون فيه أن الوكالة كانت تعمل لحساب الموكل ولمصلحته وقد تلقت منه التعليمات وكان اسمها معروفاً تماماً من «الأركان» الذين يتوحدون بالدعاية لها، وأن واقع التعامل مع «الأركان» وتسديد فواتير الدعاية مباشرة لا يستبعد مفهوم الوكالة؛ والوكالة المبرمة لصالح الموكل والوكيل تنشىء من جهة أولى، موجباً تعاقدياً على عاتق كل من الفريقين اللذين لا يمكنهما العدول إلاّ باتفاق مشترك؛ وأن مصلحة وكالة الدعاية التي ينبغي، كأي مقاولة من هذا النوع، أن تنتظم مسبقاً للحفاظ على «الأركان» وفقاً لإنتاج كل زبون، تنجم عن التحققات عينها للحكم المطعون فيه الذي بيّن تنظيم الوكالة المعنية للحملة الدعائية وتدخلها لدى «الأركان»، وأن الحكم المطعون فيه أعطى بالتالي وصفاً خاطئاً للعقد المبرم بين الفريقين ولم يستخرج النتائج التي تنجم بالضرورة عن ذلك (...)».

ثم سوّغت الغرفة التجارية بعد ذلك رد الطعن بهذه العبارات: «ولكن من حيث أن الدعاية، كما بينت محكمة الاستئناف من جهة أولى، كانت مفوترة في القضية الراهنة من قبل «أركان» الوكالة وباسمها وقد سددت الكلفة هي نفسها، وأن الفواتير الجديدة صدرت بعد ذلك عن الوكالة نفسها لصالحها الخاص وموجهة منها إلى المعلن الذي سدد لها المبلغ، وأن الوكالة، تجاه الأركان، لم تكتف بالتالي بتنفيذ وكالة أناطتها بها Les Atelierts، وإنما تصرفت باسمها الخاص وباسم شركة لم تكن اسم مفوضها، وأن محكمة الاستئناف تمكنت في استبعاد تطبيق القواعد المتعلقة بوكالة المصلحة المشتركة في القضية الراهنة، وبالتالي لم يتم التمسك بأي تعسف أو أي خطأ في ممارسة Les Ateliers حقها في إلغاء الوكالة من رفض الحكم على Les Ateliers بدفع تعويض للوكالة».

ويلاحظ أن الغرفة التجارية، بدون أن تذكر صراحة وصف الوسيط لمواجهته بوصف الوكيل واستبعاد القواعد المطبقة على وكالة المصلحة المشتركة، تستعيد حرفياً بالمعيار الوارد

---

(1) المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 136، رقم 11، ملاحظة HÉMARD، والمجلة الفصلية للقانون التجاري، 1976، صفحة 791، رقم 18، ملاحظة HÉMARD.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 209.

في حكمها السابق بتاريخ 3 أيار 1965[1] بهذه العبارات: «على خلاف الوكيل يتصرف الوسيط باسمه الخاص أو باسم شركة ليس اسم مفوضه». واستنتجت أيضاً وصف عقد التفويض من كون الوسيط يفوتر ويقبض هو نفسه ثمن التوريدات. وينتج من مقارنة هذين الحكمين للغرفة التجارية في محكمة النقض أن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للتطبيق على من يتصرف باسمه الخاص أو باسم شركة ليس اسم من فوضه، أي لا تطبق على الوسيط التجاري.

وترفض الغرفة التجارية أيضاً، كما سبق أن رأينا، الأخذ في الحسبان البرهان الذي يقدمه طالب الطعن والذي بمقتضاه كان المفوض معروفاً تماماً من الذين يتعامل معهم الوسيط تماماً باسمه وإنما لحساب مفوضه.

وطرحت الغرفة التجارية في محكمة النقض هي نفسها، في 10 شباط 1970[2]، مبدأ أن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة غير قابلة للتطبيق على الوسيط في حكم أكثر مدلولاً إذ يتعلق بحكم نقض استناداً إلى المادة 94 من القانون التجاري على وجه خاص.

ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه بيّن أن شركة Le Comptoir، «مستودع مصنوعات» في تولوز، باعت بالعمولة، من عام 1954 إلى عام 1964، مشمعات (واقية للمطر) صنعتها شركة La Manufacture de la Nation وهما مفوض ووسيط مرتبطان بعقد لمدة غير محددة وأن محكمة الاستئناف أدانت La Manufacture التي قطعت علاقات الأعمال هذه بدفع العطل والضرر لشركة Le Comptoir بدون بيان أي ظرف يجعل هذه القطيعة تعسفية بحجة أسباب التسويغ هذه وحدها، «بأن العقد الذي يربط Le Comptoir بشركة La Manufacture كان بالضبط عقد تفويض يطبق القانون نفسه عليه قواعد الوكالة (المادة 94 من القانون التجاري)، وأن هذه الوكالة، في القضية الراهنة، كانت بشكل جلي «للمصلحة المشتركة»، إذ يجني كل فريق منها «منافع أكيدة»، وأن «الوسيط أخيراً، في أي عقد تفويض، له الحق في العطل والضرر في حالة الفسخ من قبل المفوض».

وفي عرف محكمة النقض أن محكمة الاستئناف، التي طبقت هكذا في القضية الراهنة القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة، في حين أن المواد 1984 وما يليها، بموجب النص المبين أعلاه من القانون المدني، لا تطبق إلاّ على من يتصرف، تجاه الزبن، باسم المفوض وليس باسمه الخاص، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

من الواضح تماماً أن محكمة النقض، بدون أن تتطرق صراحة إلى وصف الوسيط غير المنازع فيه في القضية الحاضرة، جعلت التطبيق الخاص بوكالة المصلحة المشتركة متوقفاً تماماً على نقطة معرفة ما إذا كان الوسيط يتصرف باسمه الخاص أو باسم المفوض مما يميز

(1) النشرة المدنية، رقم 280، صفحة 253.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 49، صفحة 49، D.1970، صفحة 392.

مرة أخرى التفريق بين الوكيل والوسيط التجاري.

وكما لاحظ العميد Hémard الذي علق على هذا الحكم[1] الذي أيده «كان الحكم المطعون فيه مبنياً تماماً على التباس إذ طبق قواعد الوكالة في حين أن الوسيط الذي كان يعمل باسمه الخاص كان وسيطاً تطبق عليه المادة 94، الفقرة الأولى، وليس وكيلاً تسري عليه الفقرة 2 من هذا النص».

وبالفعل وحسب الفقرة الأولى من المادة 94 «الوسيط التجاري هو الذي يعمل باسمه الخاص أو باسم شركة لحساب المفوض». والفقرة الثانية تحدد «أن واجبات الوسيط وحقوقه، إذ يعمل باسم المفوض، محددة في القانون المدني، الكتاب III، الباب XIII»، أي في الأحكام المتعلقة بالوكالة. وذلك بأن ثمة وكالة عادية وليس هناك تفويض، وفقاً لما حكمت به الغرفة الجنائية في محكمة النقض، منذ 24 تموز 1852[2]، عندما لا يعمل الوسيط باسمه الخاص لحساب المفوض وإنما، وفقاً لما نصت عليه المادة 94، الفقرة 2، باسم المفوض.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض وصفت، في 2 آذار 1993[3]، ناشراً صحافياً، صفته كوسيط تجاري مقبولة من حيث المبدأ، بوكيل لكي تمتد إليه وكالة المصلحة المشتركة. وعندها تساءل بعضهم عما إذا كانت محكمة النقض «أرادت القطيعة مع اجتهادها السابق وامتداد نظرية وكالة المصلحة المشتركة إلى الوكالات جميعاً ولو كانت بدون تمثيل، كعقد التفويض»[4]، غير أنه جرت البرهنة على أن الخاصية الإجرائية للقضية كانت تمنع استنتاج خلاصات عامة[5]. كان أحد الفريقين الذي اعترض أمام محكمة النقض على وصف «وكالة المصلحة المشتركة» قد أكد هو نفسه أمام قضاة الأساس وصف «الوكالة»، في حين أن الفريق الآخر تمسك بأن الأمر يتعلق بوكالة امتياز. كان بإمكان محكمة الاستئناف التي لم تراجع بوصف تفويض محتمل أن تطبق على العقد نظام وكالة المصلحة المشتركة بدون أن تتمكن محكمة النقض من أن تأخذ عليها ذلك إذ من المعروف[6] أن القاضي لم يكن ملزماً، من حيث المبدأ، بتقديم وصف غير صحيح وأن العقد لم يكن من الممكن، في أي حال، أن يماثل بالامتياز.

---

(1) المجلة الفصلية للقانون التجاري 1970، صفحة 767.

(2) D.P.1852، I، 255. انظر بالمعنى عينه الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 30 نيسان 1853، D.P.53، 5، صفحة 140.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 61؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 22167، تعليق M.BEHAR-TOUCHAIS؛ D.S.1994، صفحة 48، تعليق T.AUBERT-MONPEYSSEN؛ Contrats - Concurrences Consommation، 1993، تعليق L.LEVENEUR.

(4) M.BEHAR-TOUCHAIS، التعليق المذكور سابقاً.

(5) J.GHESTIN, Les diffuseurs de presse bénéficient-il du régime du mandat d'intérêt coummun?؛ D.S.1994، الصفحة 73 وما يليها من العرض.

(6) انظر الرقم 121 اسابق.

261 ـ رفض محكمة النقض الأخذ بوصف عقد التفويض لمصلحة مشتركة.

استبعدت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 27 حزيران 1978[1]، البرهنة التي حاولت التفريق بين عقود التفويض والعقود التي تبرم لمصلحة الفريقين المشتركة لتماثل الفئة الأولى بوكالات مصلحة مشتركة.

كانت بالفعل قد جرت مراجعتها بموجب طعن تمسك «بأن التفويض، من حيث المبدأ، حتى في علاقات المفوض بالوسيط، ينتج مفاعيل الوكالة، ولا تطبق القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة بحكم القانون على أي تفويض، والأمر على غير هذا النحو عندما يبرم العقد، كما في الحالة الحاضرة، لمصلحة الفريقين المشتركة لكي يكوّن الوسيط زبناً مرتبطين بالمفوض وإنما بحكم استثمارهم بالاشتراك بين الفريقين، وأن الحكم المطعون فيه، باستبعاده قواعد وكالة المصلحة المشتركة بحجة وحيدة أن الوسيط كان يتعامل باسمه الخاص مع الزبن، بدون البحث، كما تدعو إليه طلبات كمؤسسات Gouin، عما إذا كان العقد المبرم كان للمصلحة المشتركة، لم يعط الأساس القانوني لما حكم به».

وردت الغرفة التجارية هذا الطعن بهذه العبارات: «من حيث أن (. . .) الحكم بيّن أن نية الفريقين المشتركة كانت إبرام عقد تفويض ينص على أن شركة مؤسسات Gouin تبيع وتفوتر باسمها، لحساب شركة Veuve Laurent- Perrier خمور Champagne من هذه الشركة؛ وأن محكمة الاستئناف لم يكن عليها البحث عما إذا كان عقد التفويض قد أبرم لمصلحة الفريقين المشتركة ما دام أنها تمسكت بصواب بأن القواعد الخاصة بوكالة المصلحة المشتركة في القضية الراهنة لم تكن قابلة للتطبيق (. . .)».

وطبقت محكمة استئناف Rennes، في 9 تموز 1974[2]، بوضوح على الوديعين الناشرين الصحافيين مبادىء سبق بيانها. ولاحظت، بتطبيق العقد النموذجي N.M.P.P، الموصوف صراحة بتعابير «مبادىء تقليدية لنشر الصحافة الناتجة عن العادات التي ذكّر بها المجلس الأعلى للنقل الصحافي السريع الذي أنشأه قانون 2 نيسان 1947»، ان « Basquin الذي لم يكن قد اختار وديعيه الفرعيين ولا تجاره المتنقلين، بقي مع ذلك مسؤولاً تجاه شركة Télégramme عن عدم دفع ثمن الصحف التي تسلمها وباعها هؤلاء، مما يستبعد أن يكون الأمر متعلقاً بصفة وكيل الشركة». وأضافت أن «القاعدة، خارج حالة وكالة المصلحة المشتركة التي ليست حالة القضية الحاضرة، هي فسخ العقد لمدة غير محددة في أي وقت ما عدا الخطأ والغش، وأن شركة Télégramme تمسكت، عن وجه حق وبانطباع صحيح عن وقائع القضية، بأن Basquin تصرف، في توزيع البيع بصفته الشخصية، كوسيط ووديع ضامن للوفاء يعمل لحساب الشركة، وإنما باسمه الخاص وعلى مسؤوليته الشخصية». واستنتجت

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 153، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، صفحة 316، ملاحظة J.HÉMARD الذي يؤيد الحل.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G.، II، 17990، تعليق R.PLAISANT.

من ذلك «أن عقداً لمدة غير محددة كهذا يمكن إبرامه بالنظر إلى شخص المتعاقد معه وهو في الواقع كذلك قابل للفسخ في أي وقت شرط الإخطار بمدة معقولة من هذا الفريق أو ذاك، ما عدا الفريق الذي يشكو التعسف في ممارسة هذا الحق في الفسخ، على أن يثبت ذلك».

262 ـ ترد محكمة النقض في النهاية وبصورة عامة عقد المصلحة المشتركة وتحدد بالوكالة وحدها النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة.

لا يكفي في عرف محكمة النقض، لتسويغ تطبيق النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة، أن يكون الزبن «مشتركون» إلى حد ما في الواقع، بين إحدى المؤسسات ووسيط يؤمن توزيع منتوجاتها أو خدماتها، حتى لحساب هذه المؤسسة كما في عقد التفويض. ينبغي أن يكون الزبن مشتركين قانوناً فلا يعمل الوسيط لحساب المؤسسة وحسب وإنما أيضاً باسم المؤسسة، وهو وضع يميز وكالة المصلحة المشتركة. وهذا الوسيط بالفعل ليس له قانوناً في هذا الوضع وحسب، عدا وجود أحكام نظامية خاصة، أي حق في الزبن الذين ساهم في إفادة موكله منهم. فنظرية وكالة المصلحة المشتركة تهدف إذاً إلى تصحيح السيئات الخاصة لهذا الوضع القانوني الخاص للوكيل بإخضاع فسخ العقد الأحادي الجانب إلى إثبات سبب تسويغ مشروع مقبول إلى حد كبير كما رأينا. والنظام المستنتج من مفهوم وكالة المصلحة المشتركة بالمقابل لا مجال لتطبيقه على أوضاع واقعية يمكن أن يوجد فيها زبن أو أن لا يوجدوا، حسب الظروف، بحيث أنه لا يمكن إنشاء أي قاعدة ذات مدى عام خارج رقابة التعسف في استعمال حق الفسخ الأحادي الجانب.

وقد نصت المادة الأولى من قانون 31 كانون الأول 1989 على تعبير «عقد مبرم لمصلحة الفريقين المشتركة». ويبدو أن هذه الإضافة الناتجة عن اقتراح نيابي بالتعديل تمت في نية إعطاء نوع من التكريس التشريعي لهذا المفهوم. على أنه لا تبدو، في حالة النص، إلاّ كشرط إضافي لتطبيق الإعلامات التي فرضها هذا القانون الجديد على «أي شخص يضع في تصرف شخص آخر اسماً تجارياً أو علامة أو شعاراً مع فرض تعهد حصرية عليه أو شبه حصرية في ممارسة نشاطه». من المشكوك فيه إذاً، انطلاقاً من هذا الذكر في قانون خاص، أن تعدل محكمة النقض موقفها الحازم الحالي. غير أن المسألة تستحق المتابعة بانتباه[1].

---

(1) انظر G.VIRASSAMY, La moralisation des contrats de distribution par la loi Doubin du 31 décembre 1989 (art.1er). مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة E، 1990، II، 15809.

الفصل الثالث

إعادة النظر لعدم التوقع

263 ـ المفهوم

من المقبول عموماً وجود عدم توقع[1] كلما تجعل ظروف اقتصادية غير متوقعة، لاحقاً

---

(1) انظر A.LOUVEAU, Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif، أطروحة في Rennes، 1920. ـ L.FYOT, Essai d'une jusitification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur les d'objets autres qu'une somme d'argent، أطروحة في ديجون، 1921. ـ A.BRUZIN, Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle، أطروحة في بوردو 1922 ـ P.VOIRIN, De l'imprévision dans les rapports en droit privé، أطروحة في نانسي، 1922 ـ BOMSEL, La théorie de l'imprévision en droit civil français، أطروحة في باريس، 1922 ـ J.MAGNAN DE BORNIER, Essai sur la théorie de l'imprévision، أطروحة في مونبيلييه، 1924 ـ R.CAPITANT, Les principes fondamentaux des droits des contrats, Cours de Doctorat، 1932 ـ 1933، صفحة 305 وما يليها ـ E.DE GAUDIN DE LAGRANGE, L'intervention du juge dans le contrat، أطروحة في مونبلييه، منشورات Sirey، 1935 ـ C.M. POPESCU, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit francais et comparé، أطروحة في باريس، 1937 ـ J.AUVERLY-BENNETOT, La théorie de l'imprévision, droit Privé, droit administratif, droit ouvrier منشورات Sirey، 1938 ـ La révision du contrat par le juge in travaux de la semaine internationale de droit، باريس 1937، أطروحة في باريس منشورات Sirey، 1938 ـ R.CASSIN, Suspension, rupture et révision des contrats, Cours de Doctorat، 1937 ـ 1938، صفحة 417 وما يليها ـ C.STOYANOVITCH, De l'intervention du juge dans le contrat en cas de survenance de circonstances imprévues, Théorie de l'imprévision، أطروحة في Aix، منشورات Leconte، 1941 ـ R.REVIRIOT, Le droit privé français et la théorie de l'imprévision: Essai sur un aspect de l'interpétation de la loi، أطروحة في جنيف، 1951 ـ C.BESSON, La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances، أطروحة في لوزان، 1955 ـ S.LARTIGOLLE, Justice commutative et droit positif، أطروحة في بوردو، منشورات Pechade، 1957، صفحة 109 وما يليها ـ D.-M.PHILIPPE, Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle، أطروحة في بروكسل، منشورات Bruylant، 1986، مقدمة M.FONTAINE ـ R.SAVATIER, La théorie de l'imprévision dans les contrats, in Travaux et recherches de l'institut de droit comparé de =

لإبرام العقد، تنفيذه صعباً للغاية أو مكلفاً جداً، بدون أن يكون هذا التنفيذ بسبب ذلك مستحيلاً[1]. ويجري التساؤل إذ ذاك عما إذا العقد يجب مع ذلك أن ينفذ بدون تعديل، لمضرّة أحد الفريقين. ويؤدي عدم التوقع إلى اختلال في التوازن يقدر في آونة تنفيذ العقد بين التقديمات العقدية. وهذا ما يتيح تفريقه، شكلياً على الأقل، عن الغبن[2].

ثمة عدم توقع عندما لا يعود ثمن أحد الأموال أو إحدى الخدمات، المحدد في إحدى الاتفاقيات، متوافقاً مع قيمته البيعية الموضوعية التي يقدرها القاضي الذي يضع نفسه في آونة تنفيذ العقد.

ويتيح هذا التعريف تحديد مجال نظرية عدم التوقع.

264 ـ عدم التوقع نظرية تتعلق فقط بالعقود المحتوية موجبات معبراً عنها بوحدة نقدية.

يرتبط عدم التوقع بالعملة. وحسب صيغة السيدين Roland وBoyer: «عدم التوقع

= l'université de Paris, Etudes de droit contemporain, Contribution française aux III^e et IV^e congrès internationaux de Droit comparé الجزء XV، منشورات Sirey، 1959 ـ J P.DELMAS- SAINT HILAIRE, L'adaptation du contrat en circonstances économiques, in La tendance de la stabilité du rapport contractuel، دراسات في القانون الخاص، بإدارة P.DURAND، مع مقدمة له، باريس، L.G.D.J، 1960، صفحة 189. ـ I.DE LAMBERTERIE, Incidence des changements de circonstances sur les contrats de longe durée, in Le contrat aujourd'hui: comparaison franco - anglaises. L.G.D.J، 1987، صفحة 217 ـ Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles، إنجاز جماعي بإدارة R.RODIÈRE et D.TALON، منشورات Pédone، 1986 ـ A.KASSIS, Théorie générale des usages de commerce, droit comparé, contrats, et arbitrages internationaux, lex mercatorica، L.G.D.J.، 1984، رقم 548 وما يليه، صفحة 349 وما يليها ـ S.M.MOUSSERON, La gestion des risques par le contrat، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 481 ـ M.TANCELIN, La justice contractuelle: Expériense et perspectives au Québec، المجلة الفصلية للقانون المقارن، 1978، صفحة 1009، انظر في القانون العام Du FOULON, caractère provisoire de la notion d'imprévision، أطروحة في باريس، 1938 ـ J.DE SOTO, Imprévision et économie dirigée مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، I، 817.

(1) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P.ESMEIN، رقم 391 وما يليه ـ R.DEMOGUE، الجزء VI، رقم 632، صفحة 686 وصفحة 687 ـ J.LARGUIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، رقم 1 ـ J.L MOURALIS، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 1973، رقم 1 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 440 ـ CARBONNER، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السابعة عشرة، 1992، الفقرة 144 ـ J.FLOUR et J.L.AUBERT, L'acte juridique، المجلد 1، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 401 ـ B.STARCK, Obligation، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف ROLAND et BOYER، رقم 1214، Ph. MALAURIE et L.AYNÈS- Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 615، صفحة 334 ـ H.L.J MAZEAUD، الجزء II، المجلد 1، الموجبات: النظرية العامة، تأليف Fr.CHABAS، رقم 733 ـ G.MARTY et P.RAYNAUD، الموجبات، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 249.

(2) انظر تكوين العقد رقم 760 ورقم 776 ـ BOMSEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 9، D.M.PHILIPPE، رقم 1 ـ 3 ـ 2 ـ 1، صفحة 31.

مسألة من النظام الاقتصادي والمالي»[1]. والتقديم الممنوح للدائن تنفيذاً للعقد لم يعد متوافقاً مع القيمة الحقيقية للتقديم المقابل. وليس عدم التوقع، من وجهة النظر هذه، سوى مظهر لمفهوم «اضطراب الاقتصاد العقدي» التالي لتغير الظروف، اقترح أحد المؤلفين إدخاله في القانون البلجيكي[2].

ولذلك يرفض بعض المؤلفين، ومن بينهم واضع هذا الكتاب، أن يُدخل في نظرية عدم التوقع بعض التعديلات التي يقوم بها القاضي في اقتصاد العقد، بدون علاقة مباشرة مع العملة[3]، كاستبدال دخل عمري مثلاً بإيجار الغذاء، وقد أصبح ضرورياً بسبب سوء التفاهم بين الفريقين[4]: لا يعدل القاضي مقدار التقديمات، إنه يكتفي بتكييف تنفيذ العقد عن طريق الاستبدال.

كما أن إمكانية الطلب قضائياً حذف بند عدم قابلية التصرف الذي يثقل التبرع استناداً إلى المادة 900 ـ 1 من القانون المدني ليست خاضعة لوجود وضع عدم توقع. فالنص لا يحوي إسناداً إلى ضائقة مالية للواهب أو الموصي ناتجة عن تطور الظروف الاقتصادية، وإنما إلى زوال الفائدة التي علّلت إدخال بند عدم التصرف أو إلى حدوث فائدة أهم.

يضاف إلى ذلك، طالما ان عدم التوقع مرتبط بالعملة، ان طبيعة الموجبات الناشئة عن العقد يمكن، بصورة عامة، أن تمنع إقامة وزن لاختلال التوازن اللاحق. وهذا هو مثلاً حال التقديمات المنفذة عيناً في شأن التبادل[5].

ولكن ماذا يجب أن يقرر أمام تبادل مع فرق الأنصبة؟ إذا جرى الأخذ بوصف موحد للعقد، تطبيقاً لقاعدة التابع[6]، يقتضي الاستنتاج من ذلك أن عدم التوقع قابل للتطبيق عندما

---

(1) الموجبات، رقم 1215، أحرف مائلة في النص.

(2) انظر D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 133 وصفحة 143: «المسألة ليست معرفة ما إذا كان تقديم المدين أصبح أكثر كلفة، وإنما معرفة ما إذا كانت القواعد الأساسية والحاسمة للعقد حاضرة دائماً عقب تغير الظروف»، بالإضافة إلى الصفحة 638 على وجه الخصوص.

(3) B.STARCK، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، المرجع عينه. وعلى نقيض ذلك Ph. MALAURIE et L.AYNÈs، الموجبات، الطبعة الأولى، 1985، رقم 410، اللذان اعتبرا الاجتهاد المتعلق بإيجار الغذاء كحالة إعادة نظر قضائية للعقد لعدم التوقع ـ ويبدو أنهما تخليا عن هذا الرأي في الطبعات اللاحقة، ما دام أنهما لم يعودا متمسكين بالإيجار للغذاء (رقم 621، الطبعة الرابعة، 1993، والطبعة الثانية، 1990، رقم 622) بدون أن يسوّغا هذا التغيير في التحليل.

(4) انظر على سبيل المثال، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، I، رقم 15، صفحة 12؛ D.1980، الصفحة 372 من التقرير؛ D.1983، صفحة 307، تعليق C.CARREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، IV، 115؛ مجلة قصر العدل، 1980، I، الموجز، 256، تعليق A.P؛ فهرس Defrénois، 1980، البند 32448، رقم 79، صفحة 1282، ملاحظة J.-L.AUBERT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 781، ملاحظة G.CORNU؛ يوميات الكتابة العدل، 1981، صفحة 117، ملاحظة J.V.

(5) هذا هو الحل المعتمد في مادة الغبن في المادة 1706 من القانون المدني.

(6) حكمت محكمة النقض بأن اشتراط فرق أنصبة «لا يغير طبيعة العقد إلاّ أن يضفي التفاوت بين المبلغ الذي =

يتغلب مبلغ فرق الأنصبة على التقديم العيني، وليس في الحالة المعاكسة. وبالمقابل، إذا تم الأخذ بوصف توزيعي فإن عنصر الثمن يكون بالضرورة خاضعاً لنظرية عدم التوقع.

265 ـ يتعلق عدم التوقع بجميع الاتفاقيات التي تحوي موجبات معبر عنها بوحدة نقدية وتنفيذها غير معاصر لتكوينها[1]، باستثناء الاتفاقيات المضاربية الصرف.

إن مجال عدم التوقع ليس محصوراً بعقود المعاوضة. فعدم التوقع يطبق بالفعل في عقود الغرر أيضاً[2]. وإعادة النظر، تطبيقاً للمادة 4، الفقرة 4، من قانون 25 آذار 1949، في الدخل العمري المكوّن بين الأفراد وموضوعه دفع مبالغ متغيرة من العملة حسب سلم متحرك، هي إشهار في هذا الصدد[3]. وقد خصص المشترع، في مادة التأمين، إلى حد ما، مكاناً لنظرية عدم التوقع في حالة تفاقم المخاطر المؤمنة أو تناقصها[4]. إن أهمية الضرر هي التي لم تكن متوقعة في يوم إبرام العقد. فالضرر يطرد الغبن ولكنه لا يستبعد عدم التوقع.

بيد أن بعض العقود هو عقود مضاربة بشكل أساسي. كحالة المصالحات المَصْفِقية (أي المتعلقة بالبورصة)، ولا سيما المصالحات التي يكون موضوعها تداول الأسهم. فالشاري

= دفعه أحد الفريقين بصفة فرق أنصبة وقيمة الشيء المسلم من قبل هذا الفريق على مجمل الاتفاقية طابع البيع»، النقض المدني في 10 شباط 1926، D.H.1926، 1، 202 ـ عريضة 29 نيسان 1937، مصنف الاجتهادات الدوري، 1927، 742، انظر الرقم 82 السابق.

(1) التعبير المستعمل أفضل من تعبير العقد المتعاقب ذلك بأن العقد يمكن أن يحوي أجلاً لتنفيذ الموجب بدون أن يندرج التنفيذ في الزمان. انظر بهذا المعنى PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المرجع عينه، رقم 397، صفحة 537 وملاحظات VOIRIN، في الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 191 وما يليها.

(2) على نقيض ذلك: PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المرجع عينه، استبعاد عقود الغرر وعقود المضاربة بشكل أساسي من مجال عدم التوقع. وبالمعنى عينه DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 638، صفحة 699، غير أنه يستشهد بأحكام قانون 13 تموز 1930.

(3) J.GHESTIN et M.BILLIAU, Le prix dans les contrats de longue durée، L.G.D.J، 1990، حلقة مناقشة الأعمال، رقم 65.

(4) تنص المادة L.4-113، من قانون التأمين (المادة 17 من قانون 13 تموز 1930) على أن للمؤمَّن، في حالة تفاقم المخاطر المنسوبة إلى المؤمَّن أم لا، إمكانية فسخ العقد أو اقتراح معدل علاوة تأمين جديد. فإذا لم يقبل المؤمَّن إعادة النظر في العقد فإن هذا العقد يفسخ. وبإمكان المؤمَّن العدول عن الاستفادة من هذا النص. والمادة L.7-113 (المادة 20 من قانون 13 تموز 1930 المعدلة بالقانون رقم 85 ـ 5، بتاريخ 7 كانون الثاني 1981) تنص بالعكس على أن «للمؤمَّن، إذا جرى الأخذ في الحسبان، من أجل تحديد العلاوة، الظروف الخاصة المذكورة في وثيقة التأمين والتي تفاقم المخاطر، وإذا زالت هذه الظروف خلال التأمين، الحق في فسخ العقد، بدون تعويض إذا لم يوافق المؤمَّن على إنقاص العلاوة مقابل ذلك، وفقاً للتعرفة المطبقة عند إبرام العقد». انظر حول هذه المسائل M.PICARD et A.BESSON, Les assurances terrestres, الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، L.G.D.J.، 1982، تأليف A.BESSON، رقم 83، وما يليه، صفحة 141 وما يليها. انظر Ph. L'ÉLEU De LA SIMONE, Le point sur la modification du contrat d'assurance par adjonction de garantie nouvelle، مجلة قصر العدل، 1985، الأسبوع الثاني، الفقه، صفحة 457.

مضارب، وهو يأمل ربحاً من ارتفاع الأسعار، غير أنه يعرف أنه يخاطر في أن يفقد كل شيء إذ انهارت هذه الأسعار خلافاً لتوقعاته. فنظرية عدم التوقع غريبة عن هذه العقود. ويمكن بالفعل التأكيد، إلى حد ما، ان عدم التوقع هو من جوهرها. إن المضاربة تطرد عدم التوقع[1].

وينبغي عدم الخطأ في شأن مدى هذا الطرح. فكل عقد يحوي شيئا من الغرر أو المضاربة[2]. إن عدم التوقع لا يطبق بالضرورة إلاّ عندما يكون العقد مضاربياً صرفاً.

وعدم التوقع، بخلاف الغبن، يمكن أن يقام له وزن تجاه بعض الأعمال المجانية، أي التبرعات مع عبء. فتنفيذ العبء يمكن أن يغدو مكلفاً للغاية بالنسبة إلى المتبرع له، بدون أن يكون مستحيلاً. وبإمكان المتبرع، أو حائزي الحقوق، أن يطلب عند ذلك العدول في حال عدم التنفيذ[3]، ولا يسوّغ حدوث ظروف جديدة، في القانون، عدم التنفيذ الجزئي أو التام للعبء المفروض على المستفيد من التبرع. وقد أدخل قانون 4 تموز 1984 في القانون المدني المواد 900 ـ 2 إلى 900 ـ 8 التي تجيز للمتبرع له أن يقاضي لإعادة النظر في الأعباء والشروط في حال عدم التوقع فيشكل ذلك عقبة أمام دعوى العدول، وذلك بأن عدم التوقع نظرية ترتبط بتنفيذ الموجب، ولو كان هذا الموجب مجرداً من مقابل عندما يكون قد فرضه شخص ثالث على منفذ الموجب استناداً إلى العقد.

266 ـ تنازع المبادىء والتسوية الضرورية.

يظهر في شأن عدم التوقع تنازع بين المبادىء الموجهة. وعدالة المعاوضة ينبغي أن تقود إلى تعديل الاتفاقيات التي يعطي فيها أحد الفريقين أكثر مما كان منصوصاً عليه بدون أن يتلقى مقابلاً مساوياً، أو إلى فسخها. وتتجاوب إعادة النظر في الشروط التي تثقل التبرع، عندما يصبح تنفيذ العبء مضراً للغاية، مع فكرة العدالة هذه.

بيد أن اختلال التوازن بين التقديمات قد يكون نسبياً وحسب. والأمن القانوني يفرض دوام العقد وهو عمل توقع[4]. ومبدأ الحرية والمسؤولية الذي ينزع إلى ترك كل فريق يقود بنفسه التكافؤ بين القديمات يعزز هذا الرأي. يضاف إلى ذلك أن الانتظام العام النقدي الذي

---

(1) وهكذا أعلنت المادة 7، الفقرة 2، من قانون «Falliot»، بتاريخ 21 كانون الثاني 1918، بشكل له مدلوله، أن «هذا القانون غير قابل للتطبيق على العمليات المنجزة في مصفق (بورصة) القيم التي تبقى خاضعة للقوانين والمراسيم والأنظمة المتعلقة بها».

(2) انظر R.GRUA, Les effets de l'aléa et le distinction des contrats aléatoires et les contrats commutatifs، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 263.

(3) حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 كانون الثاني 1981 (النشرة المدنية، I، رقم 32، صفحة 32؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، IV، 128؛ D.1982، الصفحة 20 من الموجز، ملاحظات D.MARTIN الناقدة)، بأن العدول في مادة الإيصاء غير مقبول في غياب خطأ المستفيد إلاّ في الحالة التي كان فيها تنفيذ العبء سبباً دافعاً وحاسماً للتبرع.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 248 ورقم 249.

تترجمه سياسة الأسعار والعملة يفرض حياد القاضي. فإذا استأثر بسلطة إعادة النظر في العقود فإنه سيؤثر مباشرة في الظروف الاقتصادية[1]. إن منفعة العقود الاجتماعية تحث إذاً على استبعاد أي تدخل.

على أن عيباً مفرطاً في التكافؤ يصدم بشكل خطير المبدأ الجوهري للعدالة، إذ يمكن أن يتعرض أحد الفريقين، للخراب. ولذلك يلهم هاجس التوفيق بين العادل والنافع جميع الحلول في هذا الشأن.

وهذا ما يظهره التطور التاريخي لنظرية عدم التوقع التي من المناسب رسمها قبل تقديم المظاهر الأكثر تمييزاً لنظامها القانوني، ثم اقتراح محاولة تركيب للتعميم الاحتمالي لإقامة وزن لعدم التوقع.

---

(1) R.SAVATIER, La théorie l'imprévision...، المذكور سابقاً، صفحة 7.

القسم 1

التطور التاريخي

267 ـ سوف نعالج التطور السابق لمدوّنة القانون المدني، ومدوّنة القانون المدني نفسها والتطور اللاحق.

الفقرة 1 ـ قبل مدوّنة القانون المدني

268 ـ علوّ نظرية عدم التوقع وهبوطها[1].

كان القانون الروماني يدين نظرية عدم التوقع. وهكذا نادى Ulpien بقاعدة مماثلة للقاعدة الواردة في المادة 1134 من القانون المدني[2]؛ لم يكن المدين إذاً محرراً إلاّ في حالة القوة القاهرة[3]. وأظهرت مجموعة Justinien بعض النصوص المتعلقة بمواد خاصة فقط[4]. وغلّب بعض الفلاسفة، شيشرون (106 ـ 43 قبل المسيح) وسينيك (4 قبل المسيح ـ 65 بعد الميلاد) العدالة بإقامة وزن لعدم التوقع، فقدر أن القوة الملزمة للعقد يجب أن تستسلم أمام بعض الظروف المشؤومة[5].

وكان علم الأخلاق الذي يدرّسه علماء القانون الكنسي في القرن الوسيط (القرن الثاني عشر والقرن الثالث عشر) لا يغلّب عدالة المعاوضة في يوم إبرام العقود (الغبن) وحسب

---

(1) انـظـر CASSIN, Suspension, rupture et révision des contrats, Cours de doctorat، 1937، 1938، صفحة 90 وما يليها ـ C.STOYANOVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 211 وما يليها.

(2) A.LOUVEAU، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 45 ـ A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 88.

(3) انظر BOMSEL، الأطروحة المستشهد بها آنفاً، ص 13 ـ 14.

(4) انظر P.VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 44 ـ CARBONNIER المذكور سابقاً، الفقرة 148، Etat des questions، الاستشهاد بحق المؤجر في فسخ الإيجار في حالة حدوث حاجة غير متوقعة للعقار. انظر في شأن دراسة الإيجار في حالة حدوث حاجة غير متوقعة للعقار. انظر في شأن دراسة شاملة للقانون الروماني A.BRUZIN، المرجع عينه.

(5) انظر النصوص التي أوردها A.BRUZIN في أطروحته، صفحة 91 وصفحة 92.

وإنما أيضاً عند تنفيذه (عدم التوقع)[1]. ورأى Saint Thomas d'Aquin (1225 ـ 1274) أن من يعد بشيء ولا يفي بوعده لا يرتكب أي عدم استقامة إذا تغيرت الظروف[2]. وبند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة (Rebus sic stantibus) التي كان الفريقان يتوخيان منها تحديد تنفيذ موجباتهما في حالة بقاء الأشياء على حالها كان إذاً مضمراً. وعلى عكس الشارحين (القرن الثاني عشر والقرن الثالث عشر) الذين لم يأتوا على ذكر ذلك[3] تبنى الشارحون اللاحقون أو البارتوليون (نسبة إلى الفقيه الإيطالي بارتول) (القرن الرابع عشر إلى القرن السادس عشر) مذهب عدم التوقع[4] الذي دخل ألمانيا[5] وإيطاليا[6]. ويبدو أن بعض النيابيين ـ في غرنوبل على الأقل ـ أخذ بإعادة النظر لعدم التوقع في القرن السابع عشر[7]. وبالمقابل كانت نظرية عدم التوقع قد جرى التخلي عنها من قبل الفقهاء الأهم، مثل Cujas (1522 ـ 1590) وPothier (1699 ـ 1772) الذين لم يأتوا على ذكرها[8].

ويفسر التخلي عن نظرية عدم التوقع، حسب Cassin، بتأثير المدرسة التاريخية للقانون الروماني المتعلقة بتأويل النصوص، وبمجيء مدرسة القانون الطبيعي التي علقت أهمية كبرى على الإرادة، وأخيراً بمجيء الاقتصاد الليبرالي خصم نظرية عدالة المعاوضة[9].

الفقرة 2 ـ مدوّنة القانون المدني

269 ـ مبدأ رد نظرية عدم التوقع وتسويغه.

طرحت المادة 1134 من القانون المدني مبدأ ثبات الاتفاقيات: «تقوم الاتفاقيات

---

(1) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 93 وصفحة 94.

(2) استشهد بذلك P.VOIRIN في أطروحته، صفحة 45. ـ بالإضافة إلى PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، رقم 191، صفحة 527.

(3) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 95 ورقم 96.

(4) انظر A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 97 ورقم 98.

(5) انظر A.BRUZIN، الأطروحة السابقة الذكر، صفحة 117. وحدد أقرباذين «دستور الأدوية» Maximilianeus Civilis لسنة 1756 أن بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة كان دائماً مضمراً ضمن بعض الشروط. وأقام التقنين البروسي لعام 1794 وزناً لتغير الظروف أيضاً. انظر: RIPERT, La régle morale dans les obligations civiles، الطبعة الرابعة، L.G.D.J، 1949، رقم 82، صفحة 144 وصفحة 145.

(6) انظر C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 11 وصفحة 12 ـ PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMEIN، المذكورين سابقاً رقم 391، صفحة 527.

(7) في حكم بتاريخ 2 آذار 1634، (استشهد به A.BRUZIN في أطروحته، صفحة 106 وما يليها) قرر المجلس النيابي في غرنوبل إن حقوق الأفران الإقطاعية تجب زيادتها إذا كان ثمة انصاف رغماً عن امتلاك المجموعات العريق حق عدم دفع سوى ثمن محدد. ورأى A.BRUZIN إن قبول مفاعيل عدم التوقع كان ممارسة شائعة (صفحة 112). انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة لهذا القرار C.STOYANOVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 221 وما يليها.

(8) P.VOIRIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 46 وصفحة 47. انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة A.BRUZIN، الأطروحة المذكور سابقاً، صفحة 105 وما يليها.

(9) المذكورة آنفاً، صفحة 97 وما يليها.

المكوّنة قانونياً مقام القانون بالنسبة إلى الذين أبرموها. ولا يمكن العدول عنها إلاّ برضاهم المتبادل أو لأسباب يجيزها القانون».

ومدوّنة القانون المدني التي لم تتمسك ببند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة تستبعد هكذا بتصميم مذهب عدم التوقع لصالح صلابة الرباط العقدي: المتعاقد عبد تعاقده (العقد شريعة المتعاقدين)[1]. يضاف إلى ذلك أن المادة 1793 من هذه المدونة المتعلقة بالصفقات الجزافية[2] جرى تقديمها كإظهار لرد نظرية عدم التوقع بكونها سنت مبدأ ثبات السعر[3] حتى ولو كان هذا السعر يمكن أن يحدد استناداً إلى مؤشر متحرك[4].

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تظهر أولاً كترجمة ملموسة للمفهوم الأرادوي للعقد[5] مستلهمة من مذهب سلطان الإرادة. وهي مبنية على نوع من علم الأخلاق: احترام الوعد المقطوع. «يُحترم العقد لأنه من المناقبية أن يفي كل متعاقد بوعده»[6]. والقوة الملزمة للعقد تسوّغ أيضاً بالأمن الذي توفره[7]، وكذلك بطبيعة العقد وهو عمل توقع، «عمل سلطان على المستقبل»[8].

وينبغي أن يضاف إلى هذه التسويغات النظرية تسويغ تاريخي: المادة 1134 من القانون

---

(1) لاحظ السيد Carbonnier أن مشكلة عدم التوقع لم يكن من الممكن أن يكون قد جهلها واضعوا مدوّنة القانون المدني وأن «الحل الوارد في المادة 1134 كان سلبياً عمداً»، الموجبات، الفقرة 148.

(2) «عندما يتعهد مهندس معماري، أو مقاول، بتشييد بناء جزافياً، مقرر ومتفق عليه مع مالك الأرض، لا يكون بإمكانه أن يطالب بأي زيادة في السعر بذريعة زيادة كلفة اليد العاملة أو المعدات ولا بذريعة تغير الوقائع المجراة على هذا التصميم أو زيادتها، إذا لم تكن هذه التغيرات أو الزيادات موضوع إذن خطي وكذلك الثمن المتفق عليه مع المالك».

(3) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français ـ الجزء XI، الطبعة الثانية، L.G.D.J.، 1954، تأليف ROUAST، رقم 940، صفحة 181. ـ B.BOUBLI موسوعة DALLOZ فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v عقد المقاولة، 1994، رقم 208.

(4) انظر B.BOUBLI، المرجع عينه رقم 210.

(5) A.LOUVEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 44 وما يليها ـ DE GAUDIN DE LAGRANGE الأطروحة السابقة الذكر، رقم 4، صفحة 18 وما يليها.

(6) RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL، الجزء II، L.C.D.J. 1957، رقم 450 ـ J.AUVERNY-BENNETOT، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 40، الذي يضيف: «يفرض الشرف والإنصاف احترام الوعد وليس السعي إلى التخلص منه بذريعة أن تنفيذ ما تم الوعد به أصبح صعباً».

(7) F.VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 50 وما يليها ـ R.SAVATIER La théorie de l'imprévision المذكورة آنفاً صفحة 6 إضافة إلى DEMOLOMBE, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الطبعة الثانية، 1870، الجزء XXIV، صفحة 548 ـ C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 101 ـ L.JOSSERAND, Le contrat dirigé، D.H.1933، وصفحة 89 من العرض، ولاسيما صفحة 91 ـ R.REVIRIOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 116.

(8) RIPERT, La règle morale...، رقم 84، صفحة 151، وبالمعنى عينه J.AUVERNY-BENNETOT، الأطروحة المذكورة آنفاً، صفحة 34 وما يليها.

المدني ردة فعل على موقف المجالس النيابية في النظام القويم: الله يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية[1]. إن شريعة الفريقين يجب إذاً أن تفرض أيضاً على القاضي ومهمته الوحيدة ضمان تطبيقها[2]. وهكذا تسن المادة 1134 قاعدة صلاحية تحظر على القاضي أي تدخل في العقد لتجنب التعسفي.

وجرى التمسك منذ وقت أحدث بأن «القاضي لا يملك السلطات ولا الصلاحية الضرورية للقيام باختيارات كهذه (تكييف العقد مثلاً مع الظروف الاقتصادية). وتبدو أساليب الاقتصاد الموجه أجدر لتحقيق عدالة عقدية جمعية من الطريق القضائية[3]. وتصطدم صلاحية القاضي، في هذه الرؤية، بالصلاحية المعترف بها للمتعاقدينْ والسلطة الاقتصادية المتمثلة بالمشترع[4]، بالنسبة إلى التوجيهات الكبرى، أو بالسلطة التنفيذية في مجال صلاحيته المستقلة (المادة 37 من دستور 4 تشرين الأول 1958).

270 ـ يخصص بعض النصوص النادرة في المدونة مكاناً لعدم التوقع.

إنها المواد 1769 إلى 1773 منها[5]. ففي حال تلف كامل المحصول أو نصفه بحدث فجائي، بإمكان المزارع، ضمن بعض الشروط، الحصول على حسم من ثمن الإيجار.

---

(1) انظر A.LOUVEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 50 وصفحة 51: «شاءت مدونة القانون المدني، كردة فعل على الحالة السابقة للأشياء، ولاسيما خوفاً من قرارات المجالس النيابية، بإبداء حذر كبير تجاه القاضي، تقليل دوره. ولم يغرب عن البال النداء الشهير: «الله يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية!». «وهذا النداء للضمير العمومي، كما كتب Laurent، يكشف روحية قوانيننا العصرية». إن القاضي مكبل بالخوف من التعسفي. فليس بإمكانه أن يفسر إلاّ البنود الملتبسة للاتفاقيات، ويجب عليه أيضاً في هذا المجال أن لا يتناقض مع القواعد الأساسية والروحية العامة للعقد». انظر أيضاً ملاحظات A.GIBOULOT في تعليقه على حكم محكمة النقض المدني في 6 آذار 1876، D.P.76، 193، وينبغي عدم نسيان أن محكمة النقض كانت، في الأصل، هي نفسها تحت تبعية السلطة التشريعية ومن هنا إنشاء الاستعجال التشريعي. انظر J.BORÉ, La Cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 4 وما يليه، صفحة 5، ورقم 28 وما يليه، صفحة 110 ـ انظر المدخل العام، رقم 422، وكذلك C.STOYANVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 232 وما يليها.

(2) انظر AUVEANY-BENNETOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 149 ـ CASSIN المذكور سابقاً، صفحة 111 وصفحة 112.

(3) B.OPPETIT, Le Rôle du juge en présence des problèmes économiques droit civil français أعمال رابطة H.CAPITANT، الجزء XXII، موسوعة Dalloz، 1970، صفحة 190. على أن مؤلفاً آخر لاحظ، بشكل وثيق الصلة بالموضوع، ان تدخل المشترع فاقم الأزمات أحياناً، إذ لم يبين أنه خبير اقتصادي ممتاز. وفي الحقيقة «ظهر عدم التوقع، وكان بعيداً عن أن يكون نظرية إنصاف، في القانون الخاص كأداة لصراع الطبقات ولم يخدم، ولا ريب، المصلحة العامة كثيراً»... «والقول المأثور «الله يحفظنا من إنصاف المجالس النيابية» صحيح دائماً. وتتيح لنا الخبرة اليوم أن نضيف: ... ومن إنصاف المشترع» (J.AUVERNY-BENNETOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 152، وصفحة 153). وبالمعنى عينه، وإنما أقل جذرية، DE GAUDIN DE LAGRANGE، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 50، صفحة 202.

(4) انظر أيضاً J.FLOUR et J.L.AUBERT، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 408.

(5) نصوص استعيدت بتوسع في المواد L.19-411 إلى L.23-411 من القانون الريفي.

وهكذا يتيح حصول أحداث غير متوقعة، ولو كانت ممكنة، عندما يقود إلى اختلال التوازن في التقديمات المتبادلة بأهمية معينة، للمستأجر الحصول على إعادة النظر في العقد.

ويفسر هذا النص الخاص بالطابع الريفي بشكل أساسي للمجتمع الفرنسي في القرن التاسع عشر، وبواقع أن الزراعة في ذلك العصر كانت ما تزال أقل تسلحا من اليوم ضد المخاطر المناخية[1]. وكذلك باعتبارات الإنصاف والعدالة في أمكنة المستأجرين.

271 ـ بعض نصوص مدوّنة القانون المدني ربطت أحياناً، عن خطإ كما يبدو، بنظرية عدم التوقع.

تنص المادة 1889 من المدوّنة، المتعلقة بعارية الاستعمال، على ما يلي: «على أنه إذا حدثت، خلال هذه المهلة أو قبل أن تنتهي حاجة المستعير إلى الشيء، حاجة للمعير ملحة أو غير متوقعة للشيء، بإمكان القاضي، وفقاً للظروف، إجبار المستعير على رده إليه». وهذا الحل، المأخوذ عن Pothier، يفسر بطبيعة عارية الاستعمال وهي عقد بغير عوض[2]. وهكذا يتيح تغير الظروف للمعير الحصول قبل الأجل على رد الشيء. بيد أنه لا يمكن، بمقدار ما تكون عارية الاستعمال مجانية بشكل أساسي (المادة 1876 من القانون المدني)، أن يكون ثمة اختلال اقتصادي حقيقي. ولذلك لا يمكن ربط المادة 1889 بعدم التوقع، على عكس الرأي الذي عبر عنه بعض المؤلفين[3].

وقد جرى تقديم المادة 953 من القانون المدني المتعلقة بالرجوع عن الهبات بسبب نكران الجميل كتطبيق لعدم التوقع[4]. بيد أن نكران الجميل غير قابل لأن يكون له تأثير مالي. فهذا النص يسن بالأحرى عقوبة خاصة لمعاقبة مسلك يشجبه علم الأخلاق.

وبعض النصوص الأخرى يقيم وزناً للظروف ذات التأثير المالي. فالمادة 1633 من القانون المدني مثلاً تنص على ما يلي: «إذا كان الشيء المباع قد زاد ثمنه في فترة نزع اليد، بالاستقلال عن فعل مكتسب الملكية» يلزم البائع بأن يدفع له ما يساويه بأغلى من ثمن البيع». وهذا النص ليس تطبيقاً لنظرية عدم التوقع، إنه مرتبط بموجب الضمان الملقى على عاتق

---

(1) انظر R.SAVATIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الإيجارات الريفية، 1977، رقم 792 ـ L.LORVELLBC، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الإيجارات الريفية، رقم 684، وهو يكتفي بالتمسك بالطابع البالي لهذا التنظيم.

(2) انظر G.BAUDRY-LACANTINERIE et A.WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil, De la société, du prêt et du dépôt، الطبعة الثالثة، منشورات Sirey، 1907، رقم 656 وما يليه، صفحة 395 وما يليها.

(3) BOMSEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 28 ـ C.STOYANOUIVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 263، الذي يقدر مع ذلك أن هذا النص يبتعد عن نظرية عدم التوقع لأن العقد مجاني (صفحة 277).

(4) J.MAGNAN DE BORNIER، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 61 ـ C.STOYANOVOITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 262، الذي يرى أن هذا النص يبتعد عن نظرية عدم التوقع التي لا تتعلق إلاّ بالعقود بعوض (صفحة 265 وصفحة 266).

البائع. ولأن تنفيذ العقد مشوب بالعيب تطرح مسألة التعويض على من نزعت يده[1]. ومن الصحيح أن القانون المدني أقام وزناً لتغيرات الظروف.

الفقرة 3 ـ بعد مدوّنة القانون المدني

272 ـ إن رسم التطور اللاحق للمدوّنة يستدعي بيان وجهة نظر المشترع والاجتهاد المتعاقدين

I ـ القوانين اللاحقة لمدوّنة القانون المدني

273 ـ بعض هذه القوانين موقت وبعضها الآخر دائم.

أ ـ القوانين الموقتة:

274 ـ جرى تسويغ هذه القوانين بنتائج الحربين العالميتين.

كان «قانون Failliot» (21 كانون الثاني 1918)[2]، باسم باعثه، يتعلق بالتقديمات المتعاقبة أو المؤجلة. ولم يكن بإمكان القاضي أن يعيد النظر في العقد، وإنما تعليقه أو فسخه فقط مع عطل وضرر أو بدونهما. وعلى المدعي أن يثبت: «ان تنفيذ الموجبات، بسبب الحرب... يؤدي إلى أعباء أو يسبب له أضراراً تتجاوز أهميتها إلى حد كبير التوقعات التي كان يمكن ارتقابها وبصواب في آونة عقد الاتفاقية» (المادة 2). وكان القانون ينص على إجراء توفيق مسبق وإلزامي (المادة 3). وكان ينبغي أن يتوقف تطبيق القانون بعد ثلاثة أشهر من توقف الأعمال الحربية، غير أن مفاعيله كانت قد امتدت حتى 31 تموز 1920.

وعدل، إضافة إلى ذلك، بعض القوانين الموقتة الإيجارات في سبيل تسوية منصفة للعلاقات بين المؤجرين والمستأجرين.

وكان قانون 9 آذار 1918[3] المتعلق بالتعديلات المدخلة على الإيجارات ببدل في حالة الحرب ينص في مادته التاسعة على ما يلي: «يمكن الحكم بفسخ الإيجار، مع تعويض

---

(1) انظر حول تفسير هذه المادة: G.L.PIERRE-FRANÇOIS, La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie، أطروحة في باريس، L.G.D.I، 1975، مقدمة P.RAYNAUD، رقم 233، صفحة 199 وما يليها.

(2) TATRY, La loi de 21 Janvier 1981، أطروحة في باريس، 1920. استلهم القانوني البلجيكي بتاريخ 11 تشرين الأول 1919 القانون الفرنسي. وكان موقتاً أيضاً ومجاله أوسع، انظر حول هذا القانون C.M.POPESCU الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 135 وما يليها. وقد دخلت نظرية عدم التوقع إيطاليا عن طريق توسيع مفهوم القوة القاهرة منذ عام 1915، في تشريع الحرب، انظر حول هذه المسألة C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 157 وما يليها.

(3) Dalloz الدوري (D.P.) 1918، 4، 49.

أو بدون تعويض، بناء على طلب المستأجر الذي يتذرع بان الحرب عدلت وضعه في ظروف جعلت من البديهي انه لم يكن يتعاقد في هذا الوضع الجديد». ، وأعطت المادة 4 للمستأجر إمكانية طلب تخفيض جزئي أو كامل لبدلات الإيجار خلال فترة الأعمال الحربية.

كما كان قانون 6 تموز 1925[1] يجيز إعادة النظر في بدلات الإيجار لمدة طويلة إذا كان البدل الوارد في العقد أدنى من ربع البدل المحكوم بأنه يمثل، في يوم الادعاء، القيمة الإيجارية المنصفة (المادة 1، الفقرة 3).

واجاز قانون 8 نيسان 1933[2] لصالح النساء تخفيض بدل إيجارات الأرض الزراعية المعقودة بين أول كانون الثاني 1924 و11 تشرين الثاني 1932، كما أجاز قانون 12 تموز 1933[3] إعادة النظر في بعض إيجارات استعمال العقارات التجاري أو الصناعي أو الحرفي المبرمة قبل أول تموز 1932.

وكان قانون 22 نيسان 1949[4] يطبق، من جهة أولى، على العقود المبرمة قبل 2 أيلول 1939 التي تحوي إمّا تسليم سلع أو منتجات أو مواد غذائية، وإمّا تنفيذ أشغال، أو تقديمات متعاقبة أخرى أو مؤجلة وحسب. وكانت المادة 4 من القانون تلزم القاضي بالحكم بفسخ العقد إذا كان المدعي، في حال عدم وجود اتفاق حبي، قد أثبت أن تنفيذ موجباته، بسبب حالة الحرب وظروف اقتصادية جديدة، يؤدي إلى أعباء أو يسبب ضرراً يتجاوز إلى حد كبير أهمية التوقعات التي كان يمكن بصواب ارتقابها في الفترة التي جرى فيها إبرام الاتفاقية. وكان لعدم التوقع أيضاً وزنه بالنسبة إلى العقود المبرمة بين تاريخ إعلان الحرب وتاريخ تحرير الإقليم، ولم يكن القاضي ملزماً بالحكم بفسخها.

كانت هذه القوانين قوانين ظرفية كما يشهد على ذلك طابعها الموقت[5]. غير أنه تبين أنه من الصعب، عندما تحصل أحداث غير متوقعة واستثنائية إلى حد ما، أن يفرض على المدين تنفيذ العقد بدون تكيّف.

---

(1) D.P.1925، 4، 249.

(2) D.P.11933، 4، 129، تعليق H.DESBOIS

(3) D.P.1933، 4، 193، تعليق TRASBOT.

(4) انظر A.PEYTEL, La théorie de l'imprévision et les contrats commerciaux، مجلة قصر العدل، 1949، الفقه، صفحة 57 ـ J.LARGUIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، الأرقام 24 إلى 39.

(5) يمكن وصفها بقوانين اعفاء بالمعنى الذي يراه العميد Roubier: قوانين «هدفها تعليق قانون سابق فقط خلال وقت معين (المادة 1134 من القانون في هذه الحالة) بدون بالمساس بقيمة هذا القانون الملزمة الذي يعود إلى التطبيق منذ نهاية الإعفاء» (نظرية عامة للقانون، تاريخ المذاهب القانونية وفلسفة القيم الاجتماعية، الطبعة الثانية، منشورات Sirey، 1951، رقم 4، صفحة 28).

ب ـ القوانين الدائمة:

275 ـ جرى إصدار قوانين عديدة في مجالات متنوعة لمعالجة المفاعيل الملازمة لتغيرات الظروف لكي يقام، خلال تنفيذ العقد، توازن بين التقديمات المتبادلة[1]. وهي غير مرتبطة جميعاً مع ذلك مباشرة بنظرية عدم التوقع.

276 ـ لا ترتبط القوانين الدائمة بنظرية عدم التوقع إلاّ بصورة غير مباشرة.

كان قانون 20 آب 1936، الذي عدل المادة 1244 من القانون المدني المتعلقة بالمهلة الإضافية التي يمكن إعطاؤها للمدين والتي رفعها إلى ستتين قانون 11 تشرين الأول 1985، قد أدخل فكرة عدم التوقع[2]: «على أن بإمكان القضاة، أخذاً في الاعتبار وضع المدين والوضع الاقتصادي، أن يمنحوا مهلاً للدفع. . .». يجب بالتالي الأخذ في الحسبان ظروف اليوم الذي يحكم فيه القاضي. إلاّ أن المهلة الإضافية تعلّق فقط تنفيذ الموجب بدون تعديل مقداره. ويمكن بالتالي الشك في أن هذا النص كان موضوعه فعلاً إقامة توازن كان قد اختل. إنه، بشكل أبسط، حظوة معطاة للمدينين الذين يواجهون صعوبة في الدفع. يضاف إلى ذلك أن إصلاح 9 تموز 1991 ألغى الإسناد إلى «الوضع الاقتصادي». وتنص المادة 1244 ـ 1 الجديدة على ما يلي: «مع الأخذ في الحسبان وضع المدين وبالنظر إلى حاجات الدائن، بإمكان القاضي، في حدود ستتين، تأجيل دفع المبالغ المستحقة أو جعلها متدرجة». ان تدخل القاضي يبلبل التوازن العقدي وتوقعات الفريقين. إنه اعتداء على القوة الملزمة للعقد[3]. فالقاضي ليس حيادياً. إنه يكيف تنفيذ العقد مع وضع المدين بإقامة وزن للظروف الاقتصادية.

وينص قانون 17 أيار 1960 الذي عدل أربع مواد من القانون المدني[4] على أن التعويضات المتوجبة عقب اكتساب ملكية معينة أو رد أموال تشكل موضوع حقوق عينية غير منقولة أو منقولة يجب أن تقوّم في التاريخ الذي دفعت فيه فعلياً.

وقانون 13 تموز 1965 الذي عدل المادة 1469 من القانون المدني والذي عدله أيضاً قانون 23 كانون الأول 1985، أدخل القيمة اللاّإسمية في حساب المكافآت عند تصفية الأموال المشتركة.

وهذان النصان الأخيران يستبعدان فقط مبدأ ذاتية الوحدة النقدية ولا يتعلقان بنظرية عدم التوقع إلاّ بصورة غير مباشرة.

---

(1) انظر في ما يتعلق بتعديل العقد تجاه قواعد تنازع القوانين في الزمان، تكوين العقد، رقم 171 وما يليه.

(2) انظر بهذا المعنى J.FLOUR et J.L. AUBERT المذكورين سابقاً رقم 410، وعلى نقيض ذلك WEILL et TERRÉ الموجبات، الطبعة الرابعة، رقم 383.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 177.

(4) المواد 548 و549 و554 و555 و556، و570 إلى 572 و574 و576 و587 و616 و658 و660 و661.

277 ـ ترتبط القوانين الدائمة مباشرة بنظرية عدم التوقع.

يرتبط بعض الأحكام التشريعية بشكل مباشر أكثر بنظرية عدم التوقع.

فقانون 13 تموز 1930 (المادة 17 والمادة 20) المتعلق بعقد التأمين الذي أصبح مقنناً، ينص على تعديل عقد التأمين في حالة تفاقم المخاطر المؤمنة أو نقصانها.

والمادة 37 من قانون 11 آذار 1957 حول الملكية الأدبية والفنية، الذي أصبح المادة 131 ـ 5 من قانون الملكية الفكرية، ينص على أن «المؤلف في حالة انقطاع حق الاستثمار، عندما يصيبه ضرر أكثر من سبعة من اثني عشر سببه غبن أو توقع غير كافٍ لإنتاج العمل، بإمكانه طلب إعادة النظر في شروط ثمن العقد». وهكذا يقام وزن لاختلال التوازن اللاحق للعقد[1].

وقانون 3 تموز 1971 أدخل في القانون المدني المادة 833 ـ 1 وهذا نصها: «عندما يحصل المدين بفرق الأنصبة على مهل دفع، وتزيد، عقب ظروف اقتصادية، قيمة الأموال المدخلة في نصيبه أو تنقص بأكثر من الربع منذ القسمة تزاد المبالغ التي تبقى مستحقة أو تنقص بالنسبة عينها». ويهدف هذا النص، وهو ليس من الانتظام العام (المادة 833 ـ 1، الفقرة 2)، إلى الحفاظ على التوازن في القسمة.

وقانون 11 تموز 1975 المتضمن إصلاح الطلاق، بعد أن نص صراحة على أن «التقديم التعويضي له طابع جزافي» و«لا يمكن إعادة النظر فيه حتى في حالة تغير غير متوقع في موارد الفريقين أو حاجاتهما»، مما يفرقه عن التقديمات الغذائية» وأضاف «إلا أن تكون لغياب إعادة النظر بالنسبة إلى أحد الزوجين نتائج ذات خطورة استثنائية»، مما يجيز نوعاً من إعادة النظر لعدم التوقع (المادة 273 من القانون المدني)[2].

وقد رفض الاجتهاد الحديث امتداد هذه الإمكانية إلى التعويض الوارد في المادة 280 ـ 1 من القانون المدني. وبمقتضى هذا النص «إن الزوج الذي جرى الحكم بالطلاق بسبب أخطائه وحدها ليس له الحق في أي تقديم تعويض. على أن بإمكانه الحصول على تعويض بصفة استثنائية إذا ظهر، أخذاً في الحسبان مدة الحياة المشتركة والتعاون المقدم لمهمة الزوج الآخر، بصورة جلية، ان رفض إعطائه تعويضاً نقدياً عقب الطلاق مخالف للإنصاف». والتعويض الوارد في المادة 280 ـ 1، الفقرة 2، ليس تقديماً تعويضياً، إنه ليس سوى «تعويض معطى للإنصاف من قبل القاضي». وهو ليس إذاً قابلاً لإعادة النظر فيه[3].

---

(1) انظر تكوين العقد، الرقم 777.

(2) ينتقل حق طلب إعادة النظر في التقديمات إلى ورثة الزوج المدين بالدخل ذلك بأن الوفاة لا تؤدي إلى سقوط الدين، الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 24 أيار 1991، النشرة المدنية، II، رقم 157، صفحة 84.

(3) 26 نيسان 1990، النشرة المدنية، II، رقم 75، صفحة 40، فهرس Defrénois، 1990، البند 34826، رقم 84، ملاحظة J.MASSIP.

وأجاز قانون 4 تموز 1984 التكيف مع ظروف الأعباء التي تثقل بعض التبرعات. فقد ألغى بصورة خاصة أحكام قانون أملاك الدولة (المواد L.13 وL.16 وL.17 وL.20) التي كانت تنظم تخفيض بعض الأعباء التي تثقل التبرعات للدولة وأقام نظاماً وحيداً لإعادة النظر، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالدولة والمؤسسات العامة والمؤسسات الاستشفائية. وبحسب المادة 900 ـ 2 من القانون المدني: «يستطيع كل متبرع له أن يطلب إعادة النظر أمام القضاء في الشروط والأعباء التي تثقل الهبات والإيصاءات التي تلقاها عندما يغدو التنفيذ، عقب تغير الظروف، بالنسبة إليه صعباً للغاية أو مضراً بشكل جدي»، ويملك القاضي العدلي سلطات واسعة في هذا الصدد، حتى أن في وسعه، تلقائياً، تخفيض القديمات التي تثقل التبرع، وتغيير موضوعها أو تجميع التبرعات مع تبرعات أخرى مصدرها تبرعات متميزة، وهكذا يبدو أن وسواس الإنصاف لمجالس النظام القديم النيابية قد اختفى.

وتقيم المدة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم والتصفية القضائية للمؤسسات وزناً لتغير الظروف في حالة الإجارة الإدارية المتضمنة تعهد المستأجر باكتساب ملكية المال. وبمقتضى هذا النص «بإمكان المستأجر المدين، عندما يسوّغ أنه ليس في وسعه اكتساب الملكية بالشروط المنصوص عليها سابقاً لسبب لا ينسب إليه، أن يطلب إلى المحكمة، قبل انقضاء عقد الإجارة وبعد أخذ رأي مفوض تنفيذ البرنامج، تعديل هذه الشروط». ويتعلق الأمر هنا بتطبيق نظرية عدم التوقع التي تعطي المحكمة سلطة واسعة في التقدير. وهي قاضي ملاءمة التعديل.

وهكذا يتدخل المشترع، بدون تكريس نظرية عدم التوقع بنص عام، في أغلب الأحيان من أجل تكيّف العقد مع الظروف، هذا هو اتجاه التطور الحالي الذي يقود إلى التساؤل حول أساس التوقع وحول ملاءمة نص تشريعي ذي مدى عام[1].

II ـ الاجتهاد

278 ـ اتخذ الاجتهاد المدني والاجتهاد الإداري موقفين متناقضين.

أ ـ الاجتهاد المدني:

279 ـ تطبق محكمة النقض المبدأ الذي بمقتضاه ليس عدم التوقع سبباً لإعادة النظر في العقد أو لفسخه.

بعد أن أخذت محكمة النقض بنظرية عدم التوقع في بداية القرن التاسع عشر[2]،

(1) انظر الرقم 316 اللاحق وما يليه.

(2) غرفة العرائض، 20 آب 1838، S.38، 1، 973؛ D.P.38، I، 380. انظر بالنسبة إلى تحليل ناقد لهذا الحكم A.BRUZIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 135 وما يليها.

استبعدتها في عام 1856[1]، وطرحت في 6 آذار 1876[2] المبدأ الذي بموجبه: «لا يعود إلى المحاكم، في أي حالة كانت، مهما بدا لها قرارها منصفاً، أن تقيم وزناً للزمن والظروف لتعديل اتفاقية الفريقين واستبدال شروط جديدة بالشروط القديمة التي قبلها المتعاقدان بحرية».

وحافظت محكمة النقض على مذهبها خلال[3] الحرب العالمية الأولى وبعدها بدون مراعاة الاضطرابات الاقتصادية والمالية الضخمة التي ولدها النزاع[4]، وفي 6 حزيران 1921[5] أدانت الغرفة المدنية مجدداً بالشكل الأكثر وضوحاً في مجال إيجارات الماشية[6] نظرية عدم التوقع.

---

(1) النقض المدني، 9 كانون الثاني 1856 (سبعة أحكام)، D.P.56، 1، 33، تقرير NICIAS-GAILLARD، يوميات الكتابة العدل، 1856، البند 15720، صفحة 93. فقد حكمت محكمة النقض بأن الزيادة غير المتوقعة لعدد أفراد السَّوْقة العسكرية لم يكن يشكل حدث قوة قاهرة طالما أنها لم تجعل تنفيذ عقد التأمين ضد مخاطر التجنيد العسكري مستحيلاً. وينبغي إعلان العقد قائماً وهو ينتج مفاعيله، رغماً عن تغير الظروف (انظر بالنسبة إلى أحكام محاكم الاستئناف، يوميات الكتابة العدل، 1854، البند 15221، صفحة 301 ـ النقض المدني، 11 آذار 1856، D.56، 1، 100 ـ 2 نيسان 1856، D.P.56، 1، 101 ـ 7 آذار 1859، D.P.59، 1، 118. بالإضافة إلى النقض المدني في 24 آذار 1874 (القضية الثانية)، S.74، 1، 428.

(2) D.P.76، 1، 193، تعليق A.GIBOULOT، S.76، 1، 161؛ أحكام الاجتهاد المدني الكبرى، موسوعة Dalloz، الطبعة الثامنة، 1984، رقم 100، صفحة 346.

(3) النقض المدني، 4 آب 1915، D.P.1916، 1، 22؛ S.1916، 1، 17، تعليق A.WAHL.

(4) انظر J.E.GUBULLETTE, Des effets juridiques de la guerre sur les contrats، أطروحة في باريس، 1918. انتقد بعض النيابيين بشدة مذهب محكمة النقض. ومنذ 28 تموز 1916 قدم السيد Hesse إلى مجلس النواب هذه الملاحظات: «لم يشأ القضاء المدني المزيّن بثوبه الأحمر، أن يرى شيئاً من هذه الهزات المالية والتجارية؛ ويبدو، وهو لاجيء في صرامة القانون، أنه يجهل الاضطرابات والنتائج التي أدت إليها الحرب الحالية، ولم يقولب روحية أحكامه تماشياً مع الظاهرات الاقتصادية التي نشاهدها. كانت رؤياه مثبتة بعناد على مدونة قوانين لم يكن بالطبع بإمكان واضعيها توقع الحرب الحالية، فانبهر بنصوص يستضيء قدمها الأثري من وميض أحداث نعيشها في هذه الآونة، أو اتبع اجتهاد حرب عام 1870 بدون تحليل الفارق المدهش الذي رافق الحرب الحالية التي حشدت أمة بأسرها. وبقي وهو الأمين بكلمة واحدة، على حرفية النص أكثر من روحه، أصم تجاه النداء الذي وجهته إليه التجارة المستغيثة. وآسف لذلك لأنه كان عليه سماع هذه الاستغاثة: كانت الدولة تعرض له سهولة سماعها والأحداث تجعل منها واجباً بالنسبة إليه. والاجتهاد الإداري، الأكثر إلهاماً، أعطى حول هذه النقطة أمثلة ملائمة. ولم يكن بإمكان أي شيء أن يجعله يغير مذهبه المتصلب والضيق!». هذا ما استشهد به A.LOUVEAU في أطروحته، صفحة 124، الملاحظة 1.

(5) D.P.1921، 73، تعليق X، تقرير A.COLIN؛ يوميات الكتابة العدل، 1921، البند 32894، صفحة 412؛ H.CAPITAT, Les grands arrêts de la jurisprudence civil، الطبعة الثالثة، رقم 143، صفحة 396؛ S.1921، 1، 193، تعليق HUGUENEY. أضف إلى ذلك في شأن رد نظرية عدم التوقع، غرفة العرائض، 31 تموز 1934 (D.H.) Dalloz الأسبوعي 1934، 490 ـ النقض المدني في 17 تشرين الثاني 1925، D.H.1926، 35؛ S.1926، 1، 37 ـ 5 كانون الأول 1927، D.H.1928، 84؛ S.1928، 1، 138. وحول مبدأ رد عدم التوقع، النقض المدني في 10 آذار 1919؛ S.1920، 1، 105، تعليق E.NAQUET.

(6) عدل قانون 9 حزيران 1941 المادة 1826 من القانون المدني لكي يفرض على المستأجر رد الثروة الحيوانية التي تلقاها. والصيغة الجديدة للنص استبعدت هكذا مفاعيل انخفاض قيمة النقد. والنص من الانتظام العام.

وهذا المذهب تأكد مجدداً بحكمين صادرين عن الغرفة التجارية في 3 كانون الثاني 1979[1] و18 كانون الأول 1979[2].

وبهذا الحكم الأخير نقضت محكمة النقض، بعد أن ذكّرت بأن القضاة، تطبيقاً للمادة 1134 من القانون المدني، بإمكانهم، «بذريعة الإنصاف أو لأي سبب تسويغ آخر، تعديل الاتفاقيات المكونة قانوناً بيد الفريقين»، حكماً لمحكمة استئناف باريس الذي، بسبب تسويغ صريح بأن التعرفة «يجب، بسبب الظروف الاقتصادية الجديدة، أن تحدد «بثمن عادل» أعطت زيادة لوديع مأجور رغماً عن سكوت الاتفاقية في هذا الصدد.

وهكذا ردت محكمة النقض، التي رفضت، على الأقل مباشرة[3]، أي تكيف للعقد، نظرية عدم التوقع وطبّقت بصلابة مبدأ القوة الملزمة للعقد[4].

ويظهر تعلق محكمة النقض بحرفية المادة 1134 من القانون المدني في حكم 31 أيار 1988[5]. كانت شركة APPM في هذه القضية قد قدّمت طلبة قطع قماش إلى شركة Aplix بثمن «القيمة في شهر كانون الثاني 1982» تسلّم ابتداء من شهر كانون الثاني 1983، وكان المورّد قد فوتر تسليماته مع تحيين الثمن. فرفض الزبون هذا التحيين. وقد كسب المورّد القضية بحجة أن بيان الثمن «بقيمة كانون الثاني 1982» الذي يجب تسليمه في الأشهر التالية كان يستدعي بالضرورة تغيّر الأسعار في يوم التسليم، إلا أن محكمة النقض نقضت هذا الحكم إذ قررت: «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن العقد لم يكن يحوي أي بند إعادة نظر في الثمن وبدون تحديد الاستعمال الذي يسوّغ تطبيق بند كهذا بالنسبة إلى الشروط التي كان يمكن أن يتوخى الفريقان تبنيها صراحة، لم تعطِ حكمها الأساس القانوني»: لا يمكن اذاً إعادة النظر في العقود عند تنفيذها في حال عدم وجود إرادة

---

(1) مجلة قصر العدل، 1979، 1، بانوراما، صفحة 214.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 339، صفحة 266؛ مجلة قصر العدل، 1980، 1، بانوراما، صفحة 232؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 710، ملاحظة G.CORNU. قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 15 تشرين الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 258، صفحة 231: لا يستطيع القاضي، في مادة عقد التعويض، أن يعدل مقدار الموجب بحجة أنه غير متوافق بالضبط مع مبلغ الضرر الحاصل فعلياً.

(3) انظر حول التقنيات غير المباشرة لتعديل العقد من قبل القاضي، تكوين العقد، رقم 1178، وتلاشي العقد.

(4) يبدو أن «الاجتهاد التحكيمي» يرد أيضاً إعادة النظر لعدم التوقع في غياب بند تكيّف، مستبعداً هكذا نظرية بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة الضمني أو المفترض. انظر A.KASSIS, Théorie générale des usages du commerce, droit comparé, contrats et arbitrages internationaux, lex mercatoria, L.G.D.J، 1984، رقم 571 وما يليه، صفحة 363 وما يليها. على أن السيدين Malaurie وAynès يتمسكان بأن القرارات التحكيمية الحديثة أخذت ببند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة في Les Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 616، صفحة 335.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 189، صفحة 132؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 71، ملاحظة J.MESTRE.

معاكسة عبّر عنها الفريقان صراحة أو استعمال بهذا المعنى.

وقد جرى تقديم حكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1992[1] بأنه يفسح في المجال لثغرة في صرامة مذهب المحكمة العليا.

كانت شركة BP قد أبرمت مع السيد Huard عقد توزيع معتمد لمدة خمس عشرة سنة تجدد حتى عام 1988. وفي عام 1983 كان سعر المنتوجات النفطية قد تحرر. فاشتكى السيد Huard بأن شريكه في التعاقد رغماً عن تعهده بإدماجه في شبكته لم يوفر له الوسائل لممارسة الأسعار التنافسية. فقاضاه عند ذلك لدفع العطل والضرر. فحكمت محكمة استئناف باريس بإعطائه 150 ألف فرنك كعطل وضرر. فتقدمت شركة BP بطعن للنقض جرى ردّه بحجة «أن السيد Huard الذي بيّن أن العقد كان يتضمن بند تموين حصري كان قد قام بأشغال تأهيل مركز خدمة، وأن «ثمن البيع الذي تطبقه شركة BP على موزعيها المعتمدين كان، بالنسبة إلى البنزين الممتاز والعادي، أعلى من ثمن المنتجات التي كانت تبيعها للمستهلك النهائي عن طريق وكلائها»؛ وقد أخذ الحكم بأن شركة BP التي كانت قد تعهدت بالاحتفاظ بالسيد Huard في شبكتها ولم يكن هذا الأخير مجبراً على العدول عن نظامه، كموزع معتمد، الناتج عن العقد الجاري تنفيذه ليصبح وكيلاً كما اقترحت عليه الشركة، لم يكن بإمكانها التمسك بأنها لم يكن في وسعها، في إطار عقد الموزع المعتمد، تموين السيد Huard بثمن أدنى من تعرفة «ضخّاخي العلامة» بدون انتهاك التنظيم، طالما أنه كان يعود إليه وضع اتفاق تعاون تجاري يدخل «في إطار استثناءات تخطيط التنظيم أو الاختراق الذي يحمي بائعاً بالمفرق التي كانت مقبولة دائماً»، وان محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحققات والتقديرات التي ينجم عنها غياب أي حالة قوة قاهرة، تمكنت من الحكم بأن شركة BP، بحرمانها السيد Huard من وسائل ممارسة أسعار تنافسية، لم تنفّذ العقد بحسن نية».

إن تعليل هذا الحكم دقيق التقدير على وجه خاص. ويبدو أن الغرفة التجارية قد فرضت، خارج حالة القوة القاهرة، موجب مفاوضة جديدة على عقد جارٍ تنفيذه عندما تكون الشروط الموضوعة سابقاً قد تعدّلت. وهي ترتكز على حسن النية. إلا أن محكمة النقض، كما شدّد على ذلك السيد Mestre، لا تجيز للقاضي إعادة النظر في العقد. وهي تعاقب غياب إعادة نظر اتفاقية. فالحكم إذاً لا يندرج في الحقيقة في الفرضية النظرية لإعادة النظر؛ ومن الصحيح أن موضوع النزاع لم يكن على هذا النحو. يضاف إلى ذلك أنه من المفرط أن نستخلص أن محكمة النقض توخت إنشاء موجب عام للتفاوض الجديد في شأن جميع العقود لمدة محددة الجاري تنفيذها. إن هذا الحل يتعلق فقط بالتوزيع وتوزيع المنتجات النفطية. إن عنصراً كهذا أكيد، ويتيح مفهوم حسن النية تسويغ وجود بعض الموجبات العقدية لم يرتقبها الفريقان[2].

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 338، صفحة 241؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22164، تعليق G.VIRASSAMY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 124، ملاحظة J.MESTRE.

(2) انظر رقم 38 السابق.

280 ـ صفة الحكم المطلق الصلاحية وإعادة النظر لعدم التوقع.

هل يستطيع القضاء التحكيمي عندما تكون مهمته النظر كحكم مطلق الصلاحية، تعديل العقد بتكييفه مع تغيرات الظروف[1]؟ تطرح مسألة مشابهة عندما تكون مهمة القاضي الدولي، استناداً إلى المادة 12، الفقرة 4، من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة (أصول المحاكمات)، النظر كحكم مطلق الصلاحية. ولم تحكم محكمة النقض بعد في هذه المسائل.

إلاّ أنه جرى بيان أن الحكم مزود دائماً بسلطة قضائية مما يحظر عليه دائماً أي سلطة إنشائية، بحيث أنه إذا كان بإمكانه البت بالنزاع بتلطيف التطبيق الضيق للعقد فإنه لا يستطيع أن يحل محل الفريقين بالنسبة إلى المستقبل بتلطيف العقد[2]. وبالأحرى ليس بإمكان القاضي الدولي أن يمتلك هذه السلطة ذلك بأن وظيفته، في المنازعات القضائية، هي قضائية بالطبع.

وقد انتقد السيد Kassis بشدة هذا التحليل. ففي عرف هذا المؤلف، الذي يتبنى حول هذه النقطة فرضية السيد Loquin[3]، من الخطإ الإدعاء أن إعادة النظر في العقد تقود إلى إنشاء عقد جديد أو تؤدي إلى فسخ رباط عقدي سابق[4]. وهكذا «يمكن أن يكون تحديد بدل الإيجار من قبل شخص ثالث، في حالة تجديد الإيجار، تحكيماً قضائياً كلما كان الفريقان مكرهين على البقاء مرتبطين بالإيجار بدون أن تكون لهما إمكانية الانسحاب في حالة الخلاف حول بدل الإيجار»؛ و«يمكن أن تكون إعادة النظر في العقد من قبل شخص ثالث بسبب تغير الظروف تحكيماً قضائياً كلما كان الفريقان مكرهين على البقاء مرتبطين بهذا العقد بدون أن يكون بإمكانهما وضع نهاية له في حال الخلاف على نتيجة إعادة النظر»[5].

ويمكن في النهاية، حسب السيد Kassis، أن تكون ثمة إعادة نظر في العقد عندما يبقى الفريقان مقيدين برباط قانوني أصلي. وفي الحالة المعاكسة لا يمكن أن يكون هناك تحكيم بالمعنى القضائي[6].

ويرفض المؤلف الفكرة التي بمقتضاها تكون إعادة النظر في العقد مقتصرة على مفهوم

---

(1) انظر A.KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international, tome I, Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel L.G.D.I، 1987، رقم 408 وما يليه، صفحة 300، وما يليها. وقد حدد حكم حديث بتاريخ 13 أيار 1991 (النشرة المدنية، II، رقم 145، صفحة 78) ان صفة الحكم المطلق الصلاحية لا تفترض افتراضاً.

(2) P.LEVEL, L'amiable composition dans le décret du 14 Mai 1980 relatif à l'arbitrage، مجلة التحكيم، 1980، رقم 10، صفحة 658، ورقم 19، صفحة 662. انظر بالنسبة إلى عرض الخلاف ـ A.KASSIS، المرجع عينه، رقم 415 وما يليه، صفحة 306 وما يليها.

(3) L'amiable composition en droit comparé et international, contribution à l'étude des non-droit dans l'arbitrage commercial، أطروحة في ديجون، 1978، المجلة التقنية، باريس 1980، رقم 512، صفحة 297.

(4) المرجع عينه، رقم 420 وما يليه، صفحة 310 وما يليها.

(5) المرجع عينه، رقم 422، صفحة 312.

(6) المرجع عينه، رقم 425، صفحة 314.

النزاع. فالفريقان يراجعان القاضي الدولي أو الحكم للوصول بالضبط إلى اتفاق، على اعتبار أن النزاع هو: «أي خلاف أو غياب اتفاق على نقطة تتعلق بالحقوق والواجبات التي ينشئها العقد»[1].

ويدحض السيد Kassis أخيراً البرهنة على أن تكيّف العقد مع الظروف الاقتصادية الجديدة يتجاوز الوظيفة القضائية التي تكتفي بمعاقبة الحقوق الساقطة. ويعلل رد نظرية عدم التوقع حصراً بقواعد «قانون الأساس»[2]. والدليل على ذلك أن قوانين أخرى تتبنى نظرية عدم التوقع «بدون الشعور بالانبهار بالوظيفة القضائية للقاضي وحدودها»[3].

يؤكد المؤلف إذاً أن التحكيم المطلق الصلاحية يتيح للحكم إعادة النظر في العقد، «حتى في غياب بند صريح بهذا المعنى، ولو كان القانون الوضعي المعني لا يتيح للقاضي الإقدام على ذلك بدون بند كهذا، ذلك بأن بند التحكيم المطلق الصلاحية يعادل بنداً ضمنياً لإعادة النظر، بمقدار ما يعطي الحكم سلطة الحكم على أساس اعتبارات إنصاف أو ملاءمة»[4]. والسلطة المعترف بها هكذا للحكم أو للقاضي الدولي ليست مع ذلك بدون حدود. فإذا كان بإمكانهما تكييف العقد فليس باستطاعتهما خلق عقد جديد[5].

إن هذه النظرية لا تحمل على الإقناع. فمن المعروف من جهة أولى أن المادة 1134 من مدوّنة القانون المدني، في القانون الفرنسي، ليست قاعدة أساسية وحسب وإنما هي أيضاً قاعدة صلاحية[6]. وقبول أن التحكيم المطلق الصلاحية، من جهة ثانية، يجيز للقاضي أو للحكم بالضرورة إعادة النظر في العقد يعني الاعتراف لهما بسلطة استبدالهما بالمتعاقدين. إن المؤلف يفترض، بالإدعاء أن بند التحكيم المطلق الصلاحية يحوي ضمناً بند إعادة نظر، إرادة الفريقين، مع أن السكوت ليس مشاركة على الإطلاق. ومن المفرط في الواقع تأكيد أن التحكيم المطلق الصلاحية هو سلطة إعادة نظر[7]. ويمكن بالأحرى التقدير أنه، عندما ينيط الفريقان استناداً إلى بند صريح بالحكم أو القاضي الدولي سلطة تكييف، يكون التحكيم

---

(1) المرجع عينه رقم 429، صفحة 318. انظر بالمعنى عينه ملاحظات Ph.FOUCHARD في L'adaptation des contrats à la conjoncture économique، مجلة التحكيم، 1979، صفحة 74.

(2) المرجع عينه رقم 430، صفحة 319.

(3) المرجع عينه، رقم 431، صفحة 320.

(4) المرجع عينه رقم 434، صفحة 322. انظر أيضاً لصالح إذن ضمني بتكييف العقد، E.MEZGER, L'arbitrage commercial et l'ordre public. ، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1948، صفحة 618. وفي عرف المؤلف «التحكيم المطلق الصلاحية هو بالفعل أداة مثالية لنظرية عدم التوقع».

(5) المرجع عينه، رقم 435 وما يليه، صفحة 322 وما يليها.

(6) انظر الرقم 269 السابق.

(7) على نقيض ذلك: E.LOQUIN المذكور سابقاً والذي يرد فكرة أنه من الواجب أن يكون بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة مفترضاً ويأخذ «بأنه يتطلب إبداء صريحاً للإرادة» و«أن بند التحكيم المطلق الصلاحية يحلل إرادة كهذه» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 474، صفحة 279). وهذا الرأي يماثل السلطة المعترف بها للحكم المطلق الصلاحية في استبعاد تطبيق قاعدة قانونية للبت بالنزاع باسم الإنصاف بإمكانية إعادة النظر في العقد للمستقبل. ولذلك لا يمكن الأخذ بها. فالأولى لا تستوجب الأخرى بالضرورة.

المطلق الصلاحية بالنسبة إليهما وسيلة للحفاظ على اتفاقيتهما الأولية[1].

281 ـ غير أن محكمة النقض تأخذ بأن المؤجر يتحرر من موجبه في الإصلاح عندما لا يكون من الممكن حفظ الشيء المؤجر بدون نفقة المبالغ فيها.

مائل الاجتهاد خسارة الشيء بحدث فجائي يحرر المؤجر من موجبه في الصيانة والإصلاح (المواد 1720 إلى 1722 من القانون المدني) بالطابع المبالغ فيه للنفقات الواجب الالتزام بها، ولا سيما تجاه المداخيل الحاصلة من العقار[2].

وقد حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 6 نيسان 1951[3]، «بأن أحكام المادتين 1719 و1720 من القانون المدني، كما أحكام المادة 1722، لا تجبر المؤجر على إعادة بناء الشيء المؤجر في حالة الخسارة الجزئية أو التامة، وأن ثمة خسارة جزئية ما أن يكون جزء من الشيء المؤجر لم يعد من الممكن حفظه بدون نفقة مبالغ فيها، ويغدو هكذا غير صالح للاستعمال الذي كان معداً له». وقد مدت محكمة النقض هذا الاجتهاد إلى الإيجارات التجارية[4] وإيجارات الاستعمال للسكن[5]، وأضافت وزناً لاختلال التوازن الاقتصادي الموجود بين بدلات الإيجار المستوفاة والنفقات الضرورية[6].

---

(1) انظر بهذا المعنى P.LEVEL، المرجع عينه.

(2) انظر A.TUNC, Immeuble de rapport ou immeuble à charge، مصنف الاجتهادات الدورية، 1953، I، 1069 ـ P.ESMEIN, La grande misère des maisons louées et le problème de leur entretien، مجلة قصر العدل، 1952، I، الفقه، صفحة 34. إضافة إلى: J.-P.DELMAS-SAINT-HILAIRE, L'adaptation du contrat aussi aux circonstances économiques, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé، بإدارة P.DURAND مع مقدمة له، باريس L.G.D.J، 1960، رقم 20، صفحة 204.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 249، صفحة 178؛ D.1951، صفحة 505، تعليق R.SAVATIER. وبالمعنى عينه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1951، D.1952، صفحة 144 ـ 13 شباط 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 230، صفحة 167؛ مجلة قصر العدل، 1958، I، 300 ـ 5 تشرين الأول 1960، النشرة المدنية، IV، رقم 812، صفحة 625.

(4) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 16 أيار 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 574، صفحة 427؛ مجلة قصر العدل، 1958، 2، 24.

(5) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 شباط 1958 المذكور سابقاً ـ النقض المدني في 6 شباط 1962، النشرة المدنية، I، رقم 84، صفحة 75، إعادة البناء بلغت 545000 فرنك (قديم) وكان بدل الإيجار السنوي 70000 فرنك (قديم).

(6) PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء X، العقود المدنية، تأليف J.HAMEL, F.GIVORD et A.TUNC, L.G.D.J، 1956، رقم 639، صفحة 928 وصفحة 929 ـ إضافة إلى: J.VOIREL, l'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé, in Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, Etudes de droit privé، بإدارة P.DURAND، باريس، L.G.D.T.، 1961، مقدمة J.CARBONNIER، صفحة 94. يلاحظ المؤلف أن ثمن البناء من عام 1914 إلى عام 1949، وبالتالي كلفة الإصلاح كانت مضروبة بـ137، في حين أن بدلات الإيجار، بفضل التجميد، لم تزد إلا بنسبة 18.

وكان هذا الحل مرتبطاً أحياناً بمفهوم السبب من قبل المحاكم[1] وبعض المؤلفين[2]. ويرد السيد Tunc على ذلك بأن «اختلال التوازن بين التقديمات، أياً كانت أهميته، لا يجعل على الإطلاق اعتبار الموجب مجرداً من السبب عندما ينتج في عقد متعاقب ويعود لتعديلات الشروط الاقتصادية، وهذه هي الحالة في القضية الراهنة[3]. وبالفعل يقدر سبب العقد، على وجه العموم، في يوم إبرام العقد وليس عند تنفيذه[4].

وفي الحقيقة ليس ثمة استحالة مطلقة بالنسبة إلى المؤجر في إصلاح العقار، حتى ولو تعلق الأمر بإعادة بناء كاملة أو جزئية أكثر من وجود خسارة بفعل حدث فجائي. هناك فقط نقطة غير متكافئة، ذلك بأن بدل الإيجار الذي يستوفيه المالك عموماً غالباً ما تمتصه نفقات الصيانة الجارية. وحصول أحداث لاحقة لإبرام العقد، وإن كانت متوقعة على وجه العموم (القِدم)، يقام له وزن عندما يجعل موجب المؤجر مكلفاً جداً. فيتحرر هذا المؤجر إذاً من موجبه في الإصلاح. وأخيراً أدخلت محكمة النقض، بقضاء تفسير مفهوم خسارة الشيء بحدث فجائي، عدم التوقع في الإيجار.

282 ـ تقبل محكمة النقض إعادة النظر في العقد إذا كان الموجب بفعل السلطان مجرداً من السبب والموضوع.

يمكن تعديل التوازن العقدي بتبني نصوص تشريعية أو تنظيمية. وعندما لا يمكن تنفيذ الاتفاقية بفعل خسارة عنصر جوهري لصحتها تغدو عديمة المفعول[5]. ولكن عندما يبقى تنفيذها ممكناً جزئياً، هل من الواجب اعتبار العقد عديم المفعول أو مفسخاً ام ينبغي ان ينتج قسماً من مفاعيله؟ وهل لهذا الظرف الجديد تأثير في تنفيذ العقد؟

إن الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض حكمت، في 17 حزيران 1981[6]، بأن العقد يجب أن يتكيف مع الظروف الجديدة.

كان قد أبرم عقد في أول كانون الثاني 1962 بين التجمع البيمهني للحيطة بالنسبة إلى الأجراء (GIPS) والسيد Chauffeté ينص على أن هذا الأخير يتعهد، مقابل مكافأة متناسبة مع الاكتتابات المستوفاة، بتنظيم النظام الإضافي لتقاعد الأجراء الذي يعود إلى الاتحاد الوطني للصناعة الفندقية، وكانت مهمته ترتكز على إقامة مناوبة إقليمية لخدمة التقاعد

---

(1) انظر على سبيل المثال استئناف حكم محكمة Douai، 2 تموز 1951، مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6457؛ 1952 .D، 128، تعليق SAVATIER؛ مجلة قصر العدل، 1951، 2، 229: «سبب موجبات المؤجر دفع بدل الإيجار الذي يتيح على الأقل تأمين صيانة هذا العقار بشكل سوي».

(2) ESMEIN، تعليق في مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، II، 5518 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, obligations، رقم 442.

(3) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 3.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 878.

(5) انظر تلاشي العقد.

(6) النشرة المدنية، V، رقم 568. صفحة 426.

الإضافي للاتحاد وعلى حصول انضمام، اختياري في ذلك الوقت، للأجراء المعنيين. ولاحقاً لإبرام العقد أصبح الانتساب إلى نظام التقاعد الإضافي إلزامياً. فتوقف الاتحاد، متذرعاً بهذا التغير التشريعي، اعتباراً من 31 آذار 1970، عن دفع المكافأة المتفق عليها.

ورأى قضاة الأساس أن العقد يجب أن يستمر في جميع أحكامه. فقد تمسكت محكمة استئناف باريس: «بأنه من غير المهم أن تكون قرارات الموافقة قد انقطعت عن النص على تدخل السيد Chauffeté، وأن طابع الانضمام إلى النظام الإضافي الذي أصبح إلزامياً لا يؤدي حكماً إلى تعطيله التام آخذاً في الحسبان مجمل مهامه الحالية والسابقة، وأن قرارات الموافقة، في أي حال، وفي غياب أي نص آمر، لم تضع نهاية بقوة القانون للاتفاق».

وجرى نقض هذا الحكم بحجة: «إنه لم يكن من المنازع فيه أن الانضمام إلى نظام إضافي للتقاعد أصبح إلزامياً، واتفاقية عام 1962 أصبحت بدون موضوع في قسم منها، إذ لم يكن السيد Chauffeté ملزماً بحث الأجراء على الانضمام ولم يكن باستطاعتهم الإحجام عنه، ولم يكن بإمكانه التذرع، لتسويغ مكافأته، بدوره لدى المناوبة الإقليمية للاتحاد، وأن محكمة الاستئناف التي تحققت هي نفسها من ذلك لم تستخرج النتائج الناجمة عن الوضع الذي أنشأه فعل السلطان عندما رفض تحديد المكافأة المشترطة نسبياً للموجب الذي أصبح جزئياً بدون سبب وبدون موضوع، ولا يهم نشاطه السابق الذي استوفى ما يقابله».

يلاحظ أولاً أن محكمة النقض، لكي تسوّغ النقض، استندت إلى الزوال الجزئي للسبب لاحقاً لإبرام العقد. فيتجه الفكر فوراً إلى Capitant والسبب في عرفه يجب أن لا يقدر عند تكوين العقد وحسب، وإنما أيضاً عند تنفيذه[1]. والمؤلف، بالنسبة إلى موجبات الفعل، ينادي بتعميم الحلول الواردة في المادة 722 من القانون المدني[2] ويؤكد أن العقد ينبغي أن يفسخ أو يعاد النظر فيه حسب خطورة الاعتداء على الركن السببي. ان الحكم الذي جرى تفحصه يتبنى هذا التحليل طالما أنه قبل إعادة النظر في العقد، ذلك بأن الموجب أصبح جزئياً بدون سبب. كما سوّغت محكمة النقض حكمها بالزوال الجزئي للموضوع فماثلت بذلك السبب بالموضوع.

ويرتبط الحل الذي اعتمدته محكمة النقض بقسم منه بنظرية عدم التوقع. ويتحلل التعديل التشريعي بظرف جديد كانت له مفاعيله في العقد. غير أن الموجب لم يعد من الممكن تنفيذه إلاّ جزئياً. ثمة قوة قاهرة أثرت فقط في بعض الموجبات. ويكتفي القاضي، إذ يعيد النظر في العقد، فيصبح تحديد «المكافأة المشترطة نسبياً إلى الموجب جزئياً بلا سبب ولا موضوع»، في الواقع بالتحقق من فسخ جزئي للعقد كما يتثبت من فسخ تام عندما تقود حالة القوة القاهرة إلى استحالة كلية في التنفيذ.

ولم تناقض محكمة النقض أخيراً مع نفسها عندما رفضت قبول إعادة النظر لعدم التوقع

(1) De la cause des obligations، الطبعة الثالثة، Dalloz، 1927.

(2) De la cause المذكور سابقاً، رقم 144، صفحة 314 وما يليها.

وإنما قبلت تكييف العقد بسبب الخسارة الجزئية للسبب وللموضوع. وتبقى القوة الملزمة للعقد هكذا سليمة عندما تعترف للقضاة بحق إعادة صنع العقد في هذه الظروف في حين أنها ترفض ذلك عندما يتعلق الأمر بعدم التوقع.

إلا أنه يمكن طرح مسألة معرفة ما إذا كان تكييف العقد بالبتر ما زال ممكناً منذ حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 16 نيسان 1986[1] وأدان بعبارات واضحة جداً، استناداً إلى المادة 1220 من القانون المدني، الحل الجزئي. وهذا الحل أيده السيد Mestre باعتباره الأفضل في عرفه «لأنه يحترم تماماً الطبيعة المتغيرة للعقد وتوقعات الفريقين المشروعة». والعقد، بالنسبة إلى المؤلف هو كل، وتلاشيه «لا يبدو من الممكن أن يكون جزئياً، حسب رغبة الدائن أو القضاة أيضاً الذين ينسبون إلى أنفسهم إلى حد ما حق إعادة صنع العقد بتقرير ما بقي وما زال»[2]. فليس من الأكيد إذاً، في نظر هذا الحكم، ان الحل الذي اعتمدته الغرفة الاجتماعية يمكن الأخذ به وإن كان، عملياً، يمكن أن يبدو قابلاً للأخذ به. غير أنه ينبغي أن نلاحظ فرقاً بين الحالتين المذكورتين. فتغير الظروف في الحالة الأولى كان خارجياً عن الفريقين. كان نتيجة تعديل تشريعي. وثمة في الحالة الثانية عدم تنفيذ منسوب إلى أحد الفريقين. . ويمكن بالتالي التوفيق بين الحكمين والأخذ بأن الطابع المحدود للفسخ مسوّغ، في الحالة الأولى، بسبب طبيعة الحدث الذي أدى إلى عدم التنفيذ. غير أن صيغة المادة 1220 من القانون المدني لا تتيح تسويغ تفريق كهذا.

ب ـ الاجتهاد الإداري:

283 ـ وضع مجلس الدولة نظرية عدم التوقع (او النظرية الطوارىء).

تتباين صرامة محكمة النقض بغرابة مع اجتهاد مجلس الدولة: منذ عام 1916 أخذ مجلس الدولة بنظرية عدم التوقع (او نظرية الطوارىء) في العقود الإدارية وحكم، لمصلحة Gaz de Bordeaud[3]، بأن اقتصاد عقد الامتياز، عقب تغيرات ظروف ناشئة عن حالة الحرب، اضطرب، وأن هذه الشركة تمسكت بأنها لم تكن ملزمة بأن تؤمن، بالشروط المنصوص عليها في الأصل وحدها، سير الخدمة ما دام الوضع غير الطبيعي قائماً.

إن القاضي الإداري، تطبيقاً للمبدأ المعتمد في بداية القرن، يدعو الفريقين إلى التفاوض من جديد في شأن نصوص العقد، فيحدد، في حالة الخلاف، تعويضاً ما. فهو إذاً لا يتدخل مباشرة في العقد طالما أنه لا يعطي نفسه سلطة تعديله للأحسن. على أن حالة عدم

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 45، صفحة 35؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 540، ملاحظة J.MESTRE.

(2) الملاحظات المذكورة سابقاً، صفحة 542.

(3) حكم مجلس الدولة في 30 آذار 1916، Lebon، صفحة 125 طلبات CARDENET؛ S.1916، 3، 17، طلبات CARDENET، تعليق HAURIOUL؛ D.1916 3، 25، ، طلبات CARDENET؛ المجلة الفصلية للقانون العام، 1916، صفحة 206 وصفحة 388، طلبات CARDENET، تعليق JÈZE.

التوقع لا تجيز للمتعاقدين مع الإدارة رفض تنفيذ العقد. إن لهم الحق في التعويض وحسب[1]. فمبدأ استمرارية المرفق العام يفرض هذا الحل.

وقد مد مجلس الدولة الحل إلى صفقات النقل[2] وصفقات الأشغال العامة[3] وصفقات التوريد[4]. حتى أنه حكم بأن المتعاقد مع الإدارة يمكنه الحصول على تعويض عدم توقع، لاحقاً لتنفيذ عقد الامتياز[5].

على أنه ينبغي أن تجتمع عدة شروط لكي يتمكن المتعاقد مع الإدارة من الحصول على الاستفادة من عدم التوقع: يجب أن يكون الحدث غير متوقع وأن يكون أجنبياً عن الفريقين المتعاقدين وأن لا يؤدي إلى مجرد ربح فائت ولا مجرد عجز وإنما إلى اضطراب حقيقي لاقتصاد العقد[6].

III ـ بنود التكييف[7]

284 ـ لأن المحاكم العدلية ترفض تكييف العقد مع تطور الظروف في غياب نص

---

(1) حكم مجلس الدولة في 5 تشرين الثاني 1982، شركة Propatrol، منشورات Lebon، صفحة 380، الأعمال القضائية في الاجتهاد الإداري، 1983، صفحة 259، طلبات LABETOULLE؛ D.1983، صفحة 245، تعليق J.P.DUBOIS؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، II، 20168، تعليق PAILLET.

(2) حكم مجلس الدولة في 21 تموز 1917، الشركة العامة لسيارات البريد، منشورات Lebon، صفحة 586.

(3) حكم مجلس الدولة، 30 تشرين الأول 1925، Mas-Gayet، منشورات Lebon، صفحة 836.

(4) حكم مجلس الدولة، 8 شباط 1918، Gaz de Poissy، منشورات Lebon، صفحة 122، طلبات Cornelle.

(5) حكم مجلس الدولة، 12 آذار 1976، Dép.des Hautes Pyrénées ضد شركة Sofilia، الأعمال القانونية في القانون الإداري، 1976، صفحة 552، طلبات LABETOULLE.

(6) انظر R.CHAPUS, Droit administratif général، الطبعة الثالثة، منشورات Montchrestien، 1987، رقم 1194 أو ما يليه، صفحة 841 وما يليها ـ J.GEORGEL, Exécution du contrat administratif, situation du contractant de l'administration، مصنف الاجتهاد الإداري، الكراسة 512، 1984، الأرقام 75 إلى 114 ـ D.M PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 13 وما يليها، صفحة 79 وما يليها.

(7) انظر M.EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économique, Etude comparé de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie، L.G.D.S، 1967، مقدمة A.TUNC ـ R.FABRE, Les clauses d'adaptation dans les contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 1 وما يليها ـ G.ROUHETTE, La révision conventionnelle du contrat ـ المجلة الدولية للقانون المقارن، 1986، صفحة 369 وما يليها ـ J.P, DELMAS-SAINT-HILAIRE, L'adaptation du contrat avec les circonstances économiques, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé، بإدارة DURAND، مع مقدمة له، باريس، L.C.D.J.، 1960، رقم 29 وما يليه، صفحة 209 وما يليها ـ M.OPPETIT الذي يذكر بصفة بنود تكييف في التجارة الدولية: Government take clause الذي يتيح للشركات النفطية أن تعكس على الشارين زيادات سعر النفط انطلاقاً من البلاد المنتجة، وبند الرفض الأول«Ferst refusal clause» الذي يتعهد البائع بموجبه بمنح الشارين تخفيضاً للسعر يساوي التخفيضات المعطاة من قبل منافسيه، وبند «الزبون الأولى بالرعاية» ويتعهد البائع بموجبه بإفادة الشاري الحالي من المنافع التي يمكن أن يمنحها إلى زبنه اللاحقين، والبند المسمى «بند الارتفاع والانخفاض» الذي يتيح إعادة النظر في الشروط المالية للعقد في حالة ارتفاع مستوى الأجور أو انخفاضها أو كلفة المواد الأولية =

قانوني صريح بهذا المعنى، يدخل الفريقان في اتفاقياتهما بنوداً معدّة لتلطيف صرامة مبدأ القوة الملزمة[1]. ولبعضها موضوع نقدي صرف. ويتعلق الأمر بشكل أساسي ببنود تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك[2]. وبنود أخرى وهي الأعم تنظم إجراء إعادة التفاوض في العقد. إنها، على وجه الخصوص، البنود المسماة بنود الاختبار. «يخلي العقد الذي لا يُمس مكانه للعقد التطوري»[3]. ويقتضي، قبل تفحص هذه البنود بالتفصيل، التساؤل حول شرعيتها.

أ ـ شرعية بنود إعادة النظر لعدم التوقع[4]:

285 ـ هل أن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين آمرة؟ يجيب القانون الوضعي بالنفي. يكفي بالنسبة إلى ذلك إيراد الحكم الذي أصدرته الغرفة التجارية في محكمة النقض في 31 أيار 1988[5].

كان قضاة الأساس في هذه القضية قد استبعدوا القوة الملزمة للعقود لكي يأخذوا بتحيين ثمن البيع في يوم التسليم. وقد أخذت محكمة النقض، لكي تنقض الحكم المحال إليها، على محكمة الاستئناف إنها لم تتحقق من وجود بند إعادة النظر في الثمن المشترط صراحة أو المعمول به وفقاً للعادة المحلية والذي يسوّغ التحيين. وهذا يعني، بالتأكيد استدلالاً بالضد، وإنما بصورة أكيدة، ان المادة 1134 ليست من الانتظام العام طالما أنها استبعدت بإرادة الفريقين.

ويقتضي بيان أن محكمة النقض تستبقي أيضاً وجود العادة المناهضة مما يستوجب الطابع البديل للمادة 1134 من القانون المدني. والقاعدة بالفعل ان العادات الاتفاقية، في حالة النزاع، تطبق بالأفضلية على قانون بديل[6]، ذلك بأنها تكمل إرادة

= L'adaptation des contrats interntationaux aux changements de criconstances, la clause de) «hardship» يوميات القانون الدُولي، منشورات Clunet، 1974، رقم 2، صفحة 796) ـ انظر M.FONTAINE, Les clauses de l'offre concurrente, du client le plus favorisé et la clause de premier refus dans les contrats internationaux قانون التجارة الدُولية وممارستها، 1978، صفحة 185.

(1) انظر J.P.BUGAULT, Le maitien de l'équilibre contractuelle dans la pratique notariale courante أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1945.

(2) J.GHESTIN et M.BILLIAU, Le prix...، المرجع عينه، رقم 42 وما يليه.

(3) M.FONTAINE, Les clauses de hardship, aménagement conventionel de l'imprévision dans les contrats internationaux à long terme، قانون التجارة الدُولية ومزاولتها، 1976، صفحة 42.

(4) انظر المقارنة بشرعية تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك J.GUESTIN, Le prix وM.BILLIAU، المرجع عينه، صفحة 43.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 189، صفحة 132، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 71، ملاحظة J.MESTRE.

(6) انظر المدخل العام، رقم 496.

الفريقين[1]. وهكذا تعتبر المادة 1134 من القانون المدني قانوناً بديلاً.

بيد أن واقع أن الفريقين بإمكانهما استبعاد صرامة المبدأ لا يستدعي أن يتمتعا بحرية تامة. فنظرية الشرط الارادي الصرف، مثلاً، تشهد على ذلك عند الحاجة. ويكفي، بالنسبة إلى مقصدنا، التثبت من أن القانون لا يتعارض مع أن يتوقع الفريقان عند إبرام العقد إعادة نظر لاحقة لكيفياته ولا سيما في شأن الثمن المشترط.

ب ـ البنود المسماة «بنود الاختبار او الوقاية او التكليف hardship».

286 ـ المبدأ.

جرى تقديم بند الاختبار[2] الذي لم تعتمد له ترجمة فرنسية[3] على أنه البند الذي ينص على إعادة النظر في العقد عندما يعدل اضطراب الظروف التوازن الأولي بين موجبات الفريقين»[4].

---

(1) انظر حول تطبيق القاعدة: حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 آذار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 78. أيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف عندما قررت أن مسؤولية المصرف قائمة إن لم يفتح اعتماداً خاصاً في مناسبة زيادة رأس المال فارتكب هذا الخطأ مع أنه ليس ثمة أي نص قانوني يفرض معاملة كهذه ما دام الأمر يتعلق بممارسة شائعة ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض. 20 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، V، رقم 550، صفحة 354 على عكس ذلك ـ انظر حول غلبة العادة المحلية على الاتفاقية الجماعية الوطنية في قانون العمل، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 14 حزيران 1989، النشرة المدنية V، رقم 442، صفحة، 269.

(2) M.FONTAINE المذكور سابقاً، صفحة 7 ـ B.OPPETIT, L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de "hardship"، يوميات القانون الدُولي، منشورات Chunet، 1974، صفحة 794 ـ D.FRANÇON, La clause de «hardship», in Les troubles d'exéctuion du contrat en droit français et allemand، تقرير مؤتمر الاختصاصيين الحادي عشر المشترك بين كليات الحقوق في مونبيلييه وهايدلبرغ، في هايدلبرغ، 1981، صفحة 299 ـ P.VAN OMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux مجلة القانون الدُولي والقانون المقارن، 1980، صفحة 7 ـ J.PELLERIN, Les clauses relatives à la répartition des risques financières entre conctractants، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 204، صفحة 419 وصفحة 420، ورقم 209 وما يليه، صفحة 426 وما يليها ـ J.CEDRAS, L'obligation de négocier، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1985، ولاسيما رقم 21 وما يليه، صفحة 285 وما يليها ـ G.ROUHETTE, المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28 وما يليه، صفحة 403 وما يليها. إضافة إلى A.GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties أطروحة في باريس، L.G.D.J، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 21 مكرر ـ Ph. FOUCHARD, L'adaptation des contrats à la conjoncture économique، مجلة التحكيم، 1979، صفحة 67، ولاسيما صفحة 71.

(3) يستعمل السيد P.VAN OMMESLAGHE تعبير «بند عدم التوقع» (المقالة المذكورة سابقاً ويفرق هذا البند عن البند الذي يصفه «ببند القوة القاهرة». «بنود القوة القاهرة تتعلق بالفرضيات التي تجعل فيها أحداث بمنجى من الرقابة وتوقعات الفريقين تنفيذ العقد مستحيلاً كلياً، في حين أن بنود عدم التوقع (الاختبار) تهدف إلى تسوية نتائج التعديلات الأساسية والعميقة للظروف الاقتصادية التي تترجم باضطراب توازن العقد» (المذكور آنفاً، رقم 5، (صفحة 10). ويستخدم مؤلفون آخرون تعبير «بند الوقاية» أو بند الإنصاف، أو أيضاً «بند إعادة النظر» (انظر M.FONTAINE المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 9 وصفحة 10).

(4) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 9. وحسب السيد FRANÇON «يمكن تعريف بند =

وقد ظهر في العقود الدولية[1] ونزع إلى الانتشار في القانون الداخلي[2]، وموضوعه معالجة سيئات القوة الملزمة للعقد في الاتفاقيات لمدة طويلة[3].

وما يؤكد أصالة هذا البند الإجراء الذي ينشئه ويفرقه عن بنود تحديد المبلغ وفقاً لمؤشر متحرك. وكتب أحدهم: «إن النص، في حالة تعديل العلاقات القائمة بين عملتين أو في حالة ارتفاع كلفة المواد الأولية، على تكييف السعر نسبياً، يعني وضع بند سعر صرف أو بند تحديد السعر وفقاً لمؤشر متحرك. واتفاق الفريقين في الظروف عينها على الالتقاء لتفحص مصير العقد يعني تبني بند الاختبار»[4]. فهذا البند يجبر الفريقين إذاً على التفاوض مجدداً حول مضمون الاتفاق الأولي، غير أنه ليس له مفعول حاسم آلي»[5]. ومجاله أيضاً أوسع من مجال بند التحديد وفقاً لمؤشر متحرك الذي لا يتعلق إلاّ بعنصر عقدي واحد: الثمن. غير أن الفريقين يوردان بند إعادة نظر بسبب اختلال توازن اقتصادي محتمل قابل لأن يكون له تأثير في الثمن. وبتعبير آخر إذا كان الثمن يشكل سبب إعادة النظر فإن العقد بمجمله يعاد النظر فيه.

إن بند الاختبار ينتج عن مزاولة التجارة الدُولية مما يجعل أي محاولة تركيب صعبة. ويرد أحياناً مقترناً بمقدمة تحدد موضوعه[6]. إنه يتناول عموماً، بشكل واسع إلى حد ما، طبيعة الظروف وجسامتها وكذلك نتائجها القابلة لأن تعلن إواليته[7]. فعدم التوقع إذاً مسلمة عقدية. وليس في ذلك أي تناقض. وبالفعل «إن توقع إمكانية حصول حدث لا يعني توقع تحققه»[8]. يضاف إلى ذلك أن النتائج المرتبطة بحصول حدث قابل للتوقع يمكن أن لا تكون قابلة للتوقع. وليس لبند الاختبار في أي فرضية دور إلاّ أن يكون اختلال التوازن ضخماً أو

= الاختبار بأنه البند الذي، داخل عقد يتطلب تنفيذه مدة معينة، يضع على عاتق الفريقين موجب التفاوض مجدداً في شأن العقد بكامله أو بقسم منه بهدف تأييد التوازن العقدي الأصلي الذي عدله ظروف خارجية» (المرجع عينه، صفحة 302). انظر أيضاً تعريف السيد OPPEIIT، المرجع عينه، رقم 3، صفحة 797).

(1) M.VASSEUR, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques en droit commercial français في أعمال رابطة H.CAPITANT، اسطمبول، 1973، صفحة 685 ـ M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 15.

(2) J.PELLERIN, Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre les contractants، أطروحة في باريس II، 1977. ـ D. LEDOUBLE, L'entreprise et le contrat، منشورات Litec، 1980، صفحة 251.

(3) قارن بالمادة 279، من القانون المدني في ما يتعلق بعدم المساس باتفاقية الطلاق المصادق عليها. إن الفقرة 3 من النص تحدد أن للزوجين «إمكانية توقع أن يطلب كل منهما، في حالة تغير غير متوقع في موارده وحاجاته، إلى القاضي إعادة النظر في التقديم التعويضي».

(4) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 24 وصفحة 25. ويضيف المؤلف «قدر الفريقان أنه ليس في وسعهما، بسبب الجسامة الممكنة للتقلبات التي يخشى منها وخاصيات العقد، الاكتفاء بترك إوالية التكييف الآلي تفعل فعلها».

(5) B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 3، صفحة 797.

(6) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 18.

(7) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً خاصة، صفحة 21 وما يليها.

(8) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 24.

أن يؤدي تنفيذ العقد إلى نتائج غير منصفة[1].

وجميع البنود لها السيئة نفسها العائدة إلى طبيعة المادة التي تحاول ضبطها: إن الأمر يتعلق بعدم توقعها. وتفترض إوالية البند بالضرورة تقديراً ذا طابع ذاتي للظروف ونتائجها. وإجراء التفاوض الودي ثانية يخشى أن يتحول فوراً إلى إجراء نزاع قضائي. وقد لوحظ أيضاً أن «بند الاختبار عنصر إضعاف للعقد قابل لأن يوصل إلى تدمير العقد»[2].

287 ـ مصير العقد خلال فترة التفاوض مجدداً.

عندما تجتمع شروط العمل بالعقد يلزم الفريقان بموجب التفاوض ثانية. ويتعلق الأمر، حسب رأي عام، بموجب وسائل يجب تنفيذها بحسن نية مع معاقبة بالعطل والضرر[3].

وتطرح مسألة معرفة ما هو مصير العقد خلال إعادة التفاوض.

ففي حال غياب اشتراط حول هذه النقطة ينبغي، بداهةً، أن يستمر العقد في إنتاج مفاعيله ذلك بأن موجب التفاوض مجدداً لا يستوجب تعليق العقد[4]. بيد أن التحليل القانوني في تناقض مع موضوع بند الاختبار ذاته.

ويبدو، في القانون الفرنسي، إنه من الممكن الأخذ بأن العقد خلال فترة إعادة التفاوض معلق استناداً إلى المادة 1135 من القانون المدني التي تبين أن الاتفاقيات تجبر أيضاً بالنتائج التي يعطيها الإنصاف أو العادة أو القانون للموجب حسب طبيعته. وتعليق العقد لن يكون سوى نتيجة موجب إعادة التفاوض.

288 ـ تحديد السلطة المزودة بسلطة التفاوض مجدداً.

يمكن أن يكون التفاوض ثانية من فعل الفريقين أو شخص ثالث مؤهل كحَكم[5].

---

(1) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه ـ B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 9 وما يليه، صفحة 802 وما يليها.

(2) D.FRANÇON، المرجع عينه، صفحة 307.

(3) M.FONTAINE، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 34 ـ D.FRANÇON المرجع عينه، صفحة 314 ـ B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 15، صفحة 806 وصفحة 807 ـ على نقيض ذلك J.PELLERIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 215، صفحة 433، وما يليها. في عرف المؤلف: «ليس موجب التفاوض موجب وسيلة ولا موجب نتيجة. على الفريقين فعل كل ما في وسعهما لإيجاد تفاهم. ويجب، في حالة الفشل، لكي يعفيا، أن يثبتا نية روح التعاون. والوسيلة الأفضل في هذا الشأن ليست إثبات تسويغ اقتراحاتهما الخاصة وحسب، وإنما أيضاً تسويغ رفض التعاقد على أساس إيجاب الشريك. وبفضل هذا الإثبات يغدو ما هو منصف سهل المنال بالنسبة إلى القاضي الذي عليه مسلك الشريك في التعاقد، قياس المصلحة التي يجدها في تنفيذ العقد»، يتعلق الأمر إذاً بقرينة خطإ تقع على عاتق كل متعاقد. على أن المعاقبة لا يمكن أن ترتكز إلاّ على الحكم بالعطل والضرر (رقم 216، صفحة 426).

(4) بهذا المعنى D.FRANÇON، المرجع عينه صفحة 319 ـ B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 15، صفحة 807.

(5) M.FONTAINE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

واللجوء إلى شخص ثالث يولد بعض الصعوبات. من المشكوك فيه مثلاً أن تعديل العقد ينجم عن مجال التحكيم المنصوص عليه في القوانين الإجرائية طالما أنه ليس ثمة نزاع يجب البت به[1]. وقرار «الحكم» لا يمكن إذاً، على وجه العموم، أن يوصف بالحكم[2] وليس خاضعاً لإجراء الصيغة التنفيذية. إنه يندمج في اتفاقية الفريقين وحسب[3]. ويمكن أن يلاحظ أن القانون المدني، في هذا الصدد، لا يجهل هذا النوع من الإجراء غير الداخل في المنازعات القضائية ويكفي الرجوع إلى المادة 1592 من القانون المدني التي يمكن بمقتضاها أن يكون تحديد الثمن في البيع متروكاً لتحكيم شخص ثالث[4].

289 ـ مصير العقد في حال فشل التفاوض مجدداً.

صدرت فكرة أن العقد، في حال فشل التفاوض ثانية غير المنسوب إلى أحد المتعاقدين، وفي غياب اشتراط خاص، يجب الحفاظ عليه كما هو[5]. وبما أن موجب التفاوض مجدداً ليس موجب وسائل، فإن ثمة مجالاً لاعتبار الاتفاق الأولي محافظاً عليه. ويعني قبول العكس، على الأقل في القانون الفرنسي، إدخال نظرية عدم التوقع، وهذا ما رفضت محكمة النقض الأخذ به. إلاّ أن أحد المؤلفين يميل، وإنما بدون تسويغ قانوني، إلى تلاشيه بمنهجية[6]. غير أن المتعاقدين غالباً ما يكونان قد اتفقا على تعليق العقد أو فسخه.

ومسألة معرفة ما إذا كان في وسع القاضي أن يحل محل الفريقين في حال فشل التفاوض ثانية طرحتها محكمة استئناف باريس. كانت كهرباء فرنسا قد أبرمت عقود وتوريد لمدة طويلة مع شركة Shell France. وكانت هذه العقود تتضمن بنود تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك أو شروط وقاية على الفريقين بمقتضاها تفحص التعديلات التي يجب أن تدخل على العقد إذا كان مازوت زيت الوقود (fuel-oil) قد أصابه تخفيض أكثر من 6 فرنكات للطن الواحد بالنسبة إلى القيمة الأولية؛ وبسبب عدم الاتفاق كان بإمكان كهرباء فرنسا فسخ العقد في حال ارتفاع الأسعار وكان في وسع Shell القيام بذلك في حال انخفاض الأسعار. والحال أن التوازن العقدي، بسبب اضطراب سوق النفط، قد اختل نتيجة لذلك. وجرى التفاوض مجدداً إلاّ أنه لم يوصل إلى شيء. ومع ذلك احتفظ الفريقان بعلاقاتهما التجارية.

---

(1) انظر M.FONTAINE المرجع عينه، انظر حول التحكيم الهادف إلى إكمال العقود والتحكيم الذي ينشد البت بالمنازعات القانونية، R.DAVID, L'arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats, Mélanges G.MARTY 1978، صفحة 383 وما يليها.

(2) على نقيض ذلك: A.KASSIS, Problèmes de base de l'arbitrage en droit comparé et en droit international، الجزء 1، Arbitrage juridictionnel et arbitrage contractuel، L.G.D.J، 1987، رقم 423، ورقم 424، صفحة 312، وما يليها. انظر في شأن عرض نظرية المؤلف، الرقم 280 السابق.

(3) B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 17، صفحة 808 وصفحة 809.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 696.

(5) D.FRANÇON، المرجع عينه، صفحة 321.

(6) J.PELLERIN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 216، صفحة 438.

وتمت تسليمات مقابل استيفاء مبالغ على حساب الثمن، وقبلت كهرباء فرنسا بذلك. وفي هذه الظروف قاضت Shell كهرباء فرنسا لإثبات انعدام مفعول العقود لعدم وجود ثمن محدد أو قابل للتحديد، في حين طلبت كهرباء فرنسا إلى المحكمة تحديد قيمة الثمن استناداً إلى مؤشر متحرك قابل للتطبيق على ثمن التوريدات. وأخذت محكمة التجارة في باريس بادعاء Shell، غير أن محكمة استئناف باريس، بناء على الاستئناف المقدم إليها في 28 أيلول 1976[1]، ألغت الحكم المستأنف وأصدرت حكماً قبل الفصل بالموضوع.

إن فشل التفاوض مجدداً، حسب محكمة الاستئناف، لم يضع نهاية للموجب، إذ أبدى الفريقان إرادتهما بمتابعة العقود. وكان من المناسب إذاً «دعوة الفريقين، حسب تعهدهما، إلى عقد اتفاق حول هذه النقطة (صيغة تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك) برعاية مراقب؛ وكان بإمكان محكمة الاستئناف في حال فشل التفاوض ثانية ومع علمها بالحلول المقترحة، القول ما إذا كانت الصيغة التي يمكن أن تلائم احتمالياً على الصعيد المالي تعدل معطياة العقود الجاري تنفيذها وتمنع القاضي بالتالي من فرضها، أو ما إذا كانت تكتفي كما أراد الفريقان، وبدون الإساءة إلى اقتصاد العقود، بتكييف الثمن مع تقلبات السوق، وبالتالي استبداله تلقائياً».

من الجليّ أن محكمة الاستئناف كان لديها هاجس احترام إرادة الفريقين. بيد أن الحل الذي اعتمدته ليس مرضياً كلياً. فإذا كان من الممكن قبول استمرار موجب التفاوض مجدداً طيلة المدة التي يبدي فيها الفريقان إرادتهما في البقاء مقيدين بالروابط العقدية، فيمكن بصعوبة تأييد بادرة محكمة الاستئناف في أن تحل محل الفريقين، في حالة الخلاف، في غياب أي بند صريح بهذا المعنى. هناك في الحقيقة استبدال إرادة القاضي بإرادة المتعاقدين. يضاف إلى ذلك أن المحكمة فرضت وجود «مراقب». وهذا المراقب لم يكن بالتأكيد مزوداً بأي وظيفة خاصة إلاّ أن يتابع «إعادة المفاوضات»، وقد استخدمت محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، سلطانها الآمر وليس سلطتها في التفسير.

290 ـ مصير العقد في حال نجاح التفاوض مجدداً.

إن المسألة التي تطرح، في حال نجاح إعادة التفاوض، هي مسألة تحديد المدى القانوني للاتفاق الجديد بالنسبة إلى العقد الأولي[2]، بالملاحظة أن العقد المتابع هو نفسه في نية الفريقين المشتركة، ينبغي أن لا يكون ثمة مكان، من حيث المبدأ، للتجديد، في غياب إرادة معبر عنها صراحة بهذا المعنى[3]، أو لتباين مبادىء يتبعه إنشاء موجب جديد.

وفي الواقع، إذا تناول التعديل كيفيات التنفيذ فقط فإن المسألة لا تعود مطروحة، ذلك

---

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، II، 18810، تعليق J.ROBERT.

(2) D.FRANÇON، المرجع عينه، صفحة 322.

(3) B.OPPETIT، المرجع عينه، رقم 19، صفحة 810 ـ D.FRANÇON، المرجع عينه، صفحة 322 وصفحة 323.

بأن «تحول» الموجب لا يبدو كافياً لكي يولد موجباً جديداً[1]، ويكون الأمر على غير هذا النحو عندما يتطلب التكييف تعديلاً جوهرياً للموجبات. وهذا ما يجب التحقق منه.

ونذكّر بأن بند الاختبار موضوعه تكييف العقد وحسب، بدون تدمير الرباط القانوني الأولي.

وقد بيّن السيد Ghozi ان التعديل ممكن إذا كان الموضوع المستبدل مثلياً، موضوعياً أو ذاتياً مع الموجب الاولي، لأن له سلطة تحرير مماثلة[2]. ثم عيَّن المؤلف شرط الحفاظ على الرباط القانوني الأولي. إن تعديل موضوع العقد يجب أن لا يفسد سببه المفهوم على أنه الهدف المنشود للفريقين[3]. «المحافظة على العلاقة القانونية الأصلية تفرض إذاً التكافؤ بين المواضيع بالنسبة إلى قيمتها المرضية في نظر الفريقين ودورها الأدوي بالنسبة إلى السبب». وهذا ما يسميه المؤلف «المثلية المزدوجة»[4]. إن مفهوم السيد Ghozi واسع بشكل خاص طالما أن القاضي يتساءل، في الواقع، حول الواقع الحاسم الذي حث الفريقين. والحال إن وجود السبب، من حيث المبدأ، يقدر موضوعياً[5]. من الضروري بالتالي أن يكون الهدف

---

(1) C.PACTET, De la réalisation de la novation، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، رقم 34 وما يليه، صفحة 645 وما يليها ـ H.L.J.MAZEAND, Obligations، رقم الجزء II المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، 1223، صفحة 1220 ـ B.STARCK, Obligations، المجلد 3، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H.ROLAND وL.BOYER، رقم 445. ـ J.CARBONNIER, Obligations، الفقرة 348 (تعديل الأجل ليس كافياً ليؤدي إلى التجديد). ويبدو أن غرفة العرائض، في حكمها بتاريخ 8 تشرين الثاني 1875 Dalloz، 76، 1، 438، أخذت بأن تعديل الأجل، وهو تعديل بسيط للموجب الأولي، كان يتضمن تجديد لو أن الفريقين أبديا نيتهما بهذا المعنى. وبالمقابل حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 تشرين الثاني 1967 (النشرة المدنية، I، رقم 335، D.1967، صفحة 321، تعليق GOMAA؛ مجلة قصر العدل، 1968، 1، 101)، «بأن تعديلاً في مبلغ الدين، أياً كانت نية الفريقين، لا يكفي لوصف التجديد». انظر بالمعنى عينه، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1981، النشرة المدنية، I، رقم 182، صفحة 148. يمكن بالتالي اعتبار تعديل عنصر جوهري للموجب الأولي وحده يمكن أن يولد التجديد» وبالمعنى عينه G.ROUHETTE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 9، صفحة 378 وصفحة 379. وعلى نقيض ذلك: Ph. SIMLER، مصنف الاجتهاد، الفهرس المدني، البنود 1271 إلى 1281، الكراسة I، 1985، رقم 106، ونية التجديد في عرضه «يمكن أن تعتبر عنصراً ضرورياً على الدوام، وإنما كافية أيضاً للتجديد». (رقم 111). وهذا المفهوم يجعل من الأردوي بلا جدال مرتكزاً للتجديد، ويبقى ذلك قابلاً للجدال في مفهوم ذاتي للعقد. أضف إلى ما تقدم: A.GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties، 1980، أطروحة، باريس، L.G.D.J مقدمة D.TALON، رقم 308، وما يليه، صفحة 133 وما يليها. على أن ثمة حكماً يبدو أنه مهد لهذا التحول. ففي 22 أيار 1984 (النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 149) حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بالفعل بأن العدول الموقت عن لعبة دور تحديد الثمن وفقاً لمؤشر متحرك لا يكفي لإتيان إبداء لا لبس فيه لإرادة التجديد. ويمكن الاستنتاج من ذلك أن التعديل البسيط للموجب قابل لإنتاج تجديد إذا كان ذلك إرادة الفريقين.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 42 وما يليه، صفحة 22 وما يليها.

(3) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 60 وما يليه، صفحة 30 وما يليها.

(4) الأطروحة السابقة الذكر، رقم 67، صفحة 33.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 841 وما يليه.

مندمجاً في السبب، أو على الأقل معروفاً من الشريك في التعاقد. إن فرضية المؤلف مقبولة في ظل هذا التحفظ. إنها تمثل فائدة إبراز الرباط الموجود بين الموضوع والسبب.

وتغير الوصف، في عرف السيد Ghozi، يمكن أن يشكل مجرد تعديل للعقد الأولي وأن لا يؤدي بالضرورة إلى إنشاء اتفاقية جديدة[1]. ولاحظ، من جهة أولى، أن هذا المعيار غير قابل للتطبيق في وجود عقود غير مسماة تتطور خارج النماذج المنظمة، وأن الفريقين اللذين يعدلان وصف اتفاقيتهما، من جهة أخرى، لم تحثهما أي إرادة تجديد وأن في القانون أمثلة «إخضاع لأنظمة قانونية مختلفة بدون تجديد العقود»[2]. كما لاحظ أنه يمكن أن يكون ثمة تجديد بدون تغيير الوصف[3]. فتغيير الوصف إذاً ليس عقبة أمام التعديل. وهذا التحليل يضفي على تعديل العقد التالي لتطبيق بند الاختبار مجالاً واسعاً إلى حدّ ما، طالما أن الرباط الأول محافظ عليه في حين أن اقتصاد العقد يجري إعداده بعمق من جديد. وفي النهاية لن يكون تكييف العقد قابلاً للنفاذ إلى تجديد أو إلى تباين متبادل يتبعه إنشاء موجب جديد إلاّ استثنائياً[4].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71 وما يليه، صفحة 35 وما يليها.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 76، صفحة 37 وصفحة 38.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 77، صفحة 38.

(4) انظر في شأن تحليل مماثل إلى حد كبير، J.PELLERIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 218 وما يليه، صفحة 443 وما يليها. ويضيف المؤلف، مستعيداً تحليل السيد Ghozi (الأطروحة السالفة الذكر)، ان التعديل يجر إلى زوال التأمينات التي يقدمها أشخاص ثالثون والتي لا يمكن أن يتفاقم مصيرها بإرادة الفريقين.

القسم 2

النظام القانوني

291 ـ يمكن القيام بدراسة النظام القانوني لعدم التوقع بطريقتين: يمكن استعراض كل من الحالات التي يكون فيها عدم التوقع موضوع إقامة وزن قانوني له، أو محاولة تقديم تركيبي للسمات الجوهرية التي تبدو إلى حد ما مشتركة بين التطبيقات المختلفة. وصف نتبع هذه الطريقة الأخيرة الأفضل ولا ريب.

وستتفحص على التوالي الشروط التي يقام فيها وزن لعدم التوقع والمعاقبة المرتبطة به.

الفقرة 1 ـ الشروط

292 ـ تعود هذه الشروط إلى طبيعة الظروف أو إلى أهمية اختلال التوازن الذي ينشأ وإلى الأونة التي يجب فيها تقدير عدم التوقع.

I ـ طبيعة الظروف

293 ـ ليست جميع الظروف قابلة بديهياً للأخذ بها بصفة عدم توقع. وإذا كان من الأكيد أن لا تتمثل فيها سمات القوة القاهرة، فينبغي بالمقابل طرح مسألة معرفة ما إذا كان يجب بالفعل أن تكون جديدة وغير متوقعة، حتى غير قابلة للتوقع[1] في يوم إبرام العقد، وما إذا كان من الإلزامي أن لا تكون منسوبة إلى الفريق المغبون.

أ ـ ليس للحدث سمات القوة القاهرة:

294 ـ حلول القانون الداخلي.

رفض الاجتهاد دائماً مماثلة الحدث غير القابل للتوقع وحسب الذي يجعل تنفيذ الموجب أكثر كلفة بالحدث الذي، إذ تكون له سماتِ القوة القاهرة، يجعل التنفيذ

(1) J.FLOUR et J.L.AUBERT المذكوران سابقاً، رقم 401.

مستحيلاً[1]. وهو لم يوسع إذاً، من حيث المبدأ[2]، مجال القوة القاهرة ليدخل عدم التوقع فيه.

ومن ذلك جرى تقديم تفسير: لا تتلاءم القوة القاهرة وعدم التوقع مع الحقيقة عينها. وقد أخذ السيد El Gammal، بعد أن حلل مفهوم القوة القاهرة في الاجتهاد، بأنها ليست دائماً حدثاً غير متوقع ولا يقهر. «إن مجرد الاسم المعطى للحدث يمنع الدائن من الحصول على النتيجة المنشودة مع أن المدين بذل العناية المتوجبة»[3]. ينبغي إذاً تحديد العناية المفروضة على المتعاقد.

ويتمسك المؤلف بعد ذلك بمفهوم الموجب ويورد أنه يمكن أن «يعرّف إمّا بمعنى عناية متوجهة نحو المستقبل، وإمّا بمعنى توازن بين التقديمات أو بمعنى قيمة اقتصادية». ويخلص منطقياً إلى القول: «ترتبط القوة القاهرة بمظهر أول: إنها الحدث الذي منع تحقيق النتيجة المتوخاة رغماً عن العناية التي بذلها المدين. وترتبط عدم قابلية التوقع بالمظهر الثاني وتدل على اضطراب القيمة الاقتصادية للتقديم بالنسبة إلى التقديم المقابل، أي بالنسبة إلى الثمن في السوق»[4]. لذلك لا يمكن إدخال عدم التوقع في نظرية القوة القاهرة. وهذا التفريق ماهر. غير أنه يقتضي بيان أنه لم يمنع محكمة النقض من أن تماثل، في مجال الإيجارات، الكلفة المفرطة للإصلاح بخسارة الشيء بحدث فجائي.

وإذا كان تنفيذ العقد أصبح مستحيلاً وليس صعباً فقط فإن موجب المدين يعلق موقتاً[5] أو نهائياً[6] حسبما تكون الاستحالة موقتة أو نهائية.

---

(1) انظر حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 15 شباط 1959، D.P.1859، 1، 355، فعل السلطة يجعل تنفيذ موجب أكثر كلفة ـ غرفة العرائض في محكمة النقض، 12 حزيران 1901، S.1902، 1، 232 ـ محكمة استئناف باريس، 21 كانون الأول 1916، D.P.1917، 2، 33، تعليق H.CAPITANT ـ النقض المدني، 17 تشرين الثاني 1925، D.H.1926، 1، 35 ـ النقض المدني، 5 كانون الأول 1927، D.H.1928، 1، 84، زيادة الرسوم الجمركية لا يمكن أن تشكل سوى صعوبة في تنفيذ العقد، ولذلك لا تجعل هذا التنفيذ مستحيلاً ـ عريضة 6 حزيران 1932، S.1933، 1، 207 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1950، D.1952، صفحة 227 ـ 3 كانون الثاني 1979، مجلة قصر العدل، 1979، الأسبوع الأول، بانوراما، صفحة 214. قارن بحكم محكمة استئناف فرساي، الغرفة 12، 29 أيلول 1988، D.1988، صفحة 260 من التقرير. ظهور سلسلة منتجات لا يمثل سمات القوة القاهرة القابلة لأن تحل الشاري من موجبه في اكتساب ملكية معدات أصبحت مهملة. أضف إلى ذلك: RADOUANT, Du cas fortuit et de la force majeure أطروحة في باريس، منشورات Rousseau، 1920.

(2) انظر الرقم 281 بالنسبة إلى الاستثناء الوحيد المقبول.

(3) M.EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie، أطروحة في باريس، L.G.D.J، 1967، مقدمة A.Tunc، رقم 251، صفحة 145.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 255، صفحة 146.

(5) الغرفة المدنية الأولى، 24 شباط 1981، النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 53؛ D.1982، صفحة 479، تعليق D.MARTIN ـ عريضة 15 تشرين الثاني 1921، D.P.1922، 1، 14.

(6) G.MARTY et P.RAYNAUD، المذكورين آنفاً، رقم 554. انظر P.VOIRIN، الأطروحة المذكورة =

ويفترق عدم التوقع في مفاعيله عن القوة القاهرة في أن هذه القوة القاهرة لا يمكن أن تقود إلى تكييف العقد وإنما إلى تعليقه أو تلاشيه وحسب[1]. ووجود بند يهيىء شروط القوة القاهرة في معنى توسعي[2] لا يبدو أن من شأنه إعادة النظر في النتائج الملازمة لمفهوم القوة القاهرة بصورة عامة[3].

295 ـ يطبق القانون الدُولي لبيع السلع هذه المبادىء.

انفصلت اتفاقية لاهاي الدُولية، تاريخ أول تموز 1964، حول البيع الدُولي للمنقولات غير المادية، التي لم تصادق عليها فرنسا على الإطلاق، عن المفهوم الصلب لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[4]، بدون الأخذ بنظرية عدم التوقع كما تمثلت عموماً في فرنسا. ونصت في مادتها 74، الفقرة 1، على ما يلي: «عندما لا ينفذ أحد الفريقين موجباته لا يكون مسؤولاً عن عدم التنفيذ هذا إذا أثبت أن عدم التنفيذ عائد إلى ظروف لم يكن، وفقاً لنية الفريقين لدى إبرام العقد، ملزماً بإقامة وزن لها أو تجنبها أو تذليلها. وفي حال غياب نية الفريقين، ينبغي البحث عن النيات التي يمكن طبيعياً أن تكون لدى أشخاص عاقلين من النوعية عينها وموجودين في وضع مماثل». وهذه الصيغة استهلمت الأفكار الألمانية[5]. والفقرة 2 تتبنى بالمقابل المفهوم البريطاني[6] إذ نصت على ما يلي: «إذا كان من شأن هذه الظروف أن لا تنتج إلاّ عدم التنفيذ الموقت، فإن الفريق الناكل يتحرر نهائياً من موجبه إذا كان التنفيذ عقب تأجيله قد تحول جذرياً بحيث يصبح تنفيذ موجب مختلف تماماً عن الموجب الذي نص عليه العقد».

وتتبنى المادة 79 ـ 1 من اتفاقية الأمم المتحدة حول عقد البيع الدُولي للسلع المبرمة

= سابقاً، صفحة 61 وما يليها ـ BOMSEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 6 وما يليها ـ وكذلك D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 110 وما يليها.

(1) M.EL-GAMMAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 255، صفحة 146؛ «يتعلق الأمر في النظرية المسماة نظرية عدم التوقع بالتوازن الموضوعي بين التقديمات الموعود بها وليس باستحالة الوصول إلى النتيجة المنشودة».

(2) انظر في شأن هذه البنود، J.PELLERIN, Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre cocontractants، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 84 وما يليه، صفحة 183 وما يليها.

(3) انظر مع ذلك Ph.KAHN, Force majeure et contrats internationaux de longue durée، يوميات القانون الدُولي، 1975، صفحة 467 وما يليها، ولاسيما صفحة 478 وما يليها. ويلاحظ المؤلف أن معظم بنود القوة القاهرة تتعلق بتعليق العقد الذي يحلله كمفعول شاذ عن القانون العام للقوة القاهرة.. وهذا الرأي غير صحيح بمقدار ما تؤدي القوة القاهرة الموقتة أيضاً إلى تعليق العقد وليس إلى تلاشيه. وبالمقابل، يلاحظ المؤلف بصواب أن بعض البنود تنص على إعادة التفاوض في الاتفاق وفي ذلك فعلياً شذوذ عن القانون العام مشروع تماماً في نظر المادة 1134 من القانون المدني.

(4) R.DAVID، المذكور سابقاً، صفحة 224.

(5) R.DAVID، المرجع عينه. انظر في شأن عرض القانون الألماني رقم 316 اللاحق.

(6) R.DAVID، المرجع عينه. انظر في صدد عرض القانون الإنكليزي، الرقم 316 اللاحق.

في ڤيينا في 11 نيسان 1980 والمنشورة بالمرسوم رقم 87 ـ 1034 تاريخ 22 كانون الأول 1987[1]، حلاً أكثر توافقاً مع القانون الفرنسي. وهي تنص على أن «كل فريق غير مسؤول عن عدم تنفيذ أيّ من موجباته إذا أثبت أن عدم التنفيذ هذا يعود إلى مانع مستقل عن إرادته ولا يمكن، بإنصاف، أن ينتظر منه إقامة وزن له في آونة إبرام العقد، أو أن يتوقعه أو أن يذلله أو أن يتداركه أو أن يتحاشى النتائج». وقد أُلقي على عاتق الفريق الذي يمتنع عليه ذلك موجب تنبيه شريكه في التعاقد في مهلة معقولة. وإذا تخلف عن ذلك يستحيل عليه التذرع بالمانع (الفقرة 4). وتحدد الفقرة 5 أن «أحكام هذه المادة لا تمنع فريقاً من ممارسة حقوقه غير حق الحصول على العطل والضرر استناداً إلى هذه الاتفاقية». إن هذا النص يعبر عن مفهوم تقليدي للاستقرار العقدي في المجال الدُولي. وبالفعل ليس سبب الإعفاء المقصود سوى القوة القاهرة كما هي مفهومة في القانون الفرنسي[2].

ب ـ جِدة الحدث:

296 ـ وضع المشكلة.

بما أن نظرية عدم التوقع تقيم وزناً لتطور الوسط الاقتصادي والاجتماعي اللاحق لإبرام العقد، ينبغي الاستنتاج من ذلك أن الظرف المعني يجب أن يكون بالضرورة جديداً، أي أن سبب الحدث ومفعوله يجب أن يحصلا بعد التقاء الإرادتين. لا يستطيع مقاول، على سبيل المثال، الادعاء بأن ثمة عدم توقع عندما يصطدم، في مناسبة أشغال الردم، بصخور مجهولة[3]. إن تنفيذ العقد كشف فقط وجود صخور كانت موجودة قبل إبرام العقد[4]. ولا يمكن اعتبار هذا الظرف جديداً لأن سببه سبق وجوده.

إلاّ أنه يمكن التساؤل عما إذا كان جهل السبب عند تكوين العقد كافياً[5]. إن المفعول الناتج يهم وحده، في هذه الرؤية، لتسويغ إعادة النظر أو الفسخ. هناك إذاً تصوران ممكنان.

ويبدو أن المشترع يأخذ تارة بهذا التصور وطوراً بذاك، بدون الانزواء في نظرية مجردة لعدم التوقع، مما يتيح له تكييف شروط إعادة النظر مع الهدف الذي يسعى إليه.

فقانون 4 تموز 1984 مثلاً المتعلق بإعادة النظر في الأعباء والشروط التي تثقل التبرعات ينص على أن إعادة النظر التي ينظمها ممكنة «عندما، عقب تغير الظروف...» يصبح التنفيذ بالنسبة إلى المتبرع له صعباً للغاية أو مضراً حقاً. ودعوى إعادة النظر، حسبما

---

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، III، L. 60936، 1988، صفحة 30.

(2) G.VINEY, La responsabilité: conditions، رقم 393 وما يليه.

(3) DEMOGUE المرجع عينه رقم 641، صفحة 701.

(4) قارن بحكم محكمة استئناف باريس، الغرفة 23، 4 أيار 1988، D.1988، الصفحة 155 من التقرير. إن تقوية أساسات عقار بسبب طبيعة الأرض لا تشكل أشغالاً جديدة، تؤدي إلى تعديل الصفقة الجزافية، بل هي أشغال إضافية يجعلها حسن تنفيذ الصفقة ضرورية.

(5) انظر D.M.PHLIPPE الأطروحة المذكورة سابقاً الأرقام 1.2.3.1، صفحة 32.

تفسر هذه الصيغة على أنها مرتبطة بسبب التغير أو بمفاعيله وحسب، تكون مقبولة أم لا، وإذا لم تكن صعوبة التنفيذ نتيجة وضع واقعي موجود في يوم إبرام التبرع ومجهول شرعاً أم لا، وإذا جرى تبني مفهوم حصري للقانون، يستبعد طلب المتبرع له إعادة النظر. وفي الحالة المعاكسة يجب أن يُقلل.

ويمكن الاعتقاد أن النصوص المتعلقة بعدم التوقع تشكل استثناء لمبدأ استقرار العقد. كما أن التفسير الحصري هو الذي ينبغي اعتماده، ما دام أن المشترع يأخذ بتغير الظروف قبل التطرق إلى المفاعيل التي ينتجها هذا التعديل. وقد تم الأخذ بأن التطلب الذي يفرضه القانون كان هدفه تجنب أن يقبل التبرعات بخفة أشخاص «يعلمون أو يجب أن يعلموا أن بإمكانهم بصعوبة تنفيذ أعبائها، مع الأخذ في الحسبان المضمون الاقتصادي والاجتماعي الموجود في يوم التبرع»[1] وهذا التفسير غير مقنع في الحقيقة ذلك بأنه يكفي عندها تطلب مسلك لا مأخذ عليه من قبل المتبرع له. ويبدو أن المشترع، بسن شروط حصرية إلى هذا الحد، توخى احترام إرادة المتبرع بقدر ما يمكن.

على أن مبدأ الجدة، كما جرى تقديمه، لا يبدو أنه دائماً شرط لإعادة النظر.

فالمادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985، مثلاً، تجيز إعادة النظر في الشروط التي خضع لها المستأجر المدير إذا لم يكن بإمكانه التقيد بها لسبب لا ينسب إليه. وليس تغير الظروف هو المقصود (القانون نفسه لم يلمح إلى ذلك)، وإنما، وبكل بساطة، غياب نسبة الفعل إلى المستأجر المدير، ويكفي أنه يجهل شرعاً السبب الذي يمنعه من تنفيذ العقد حتى ولو كان ملازماً لتعهده.

ويمكن الظن إن هذا الرفق النسبي من قبل المشترع يفسر بالمفعول المنشود. ولن يكون ثمة أي منفعة من إتاحة استرداد المؤسسة الخاضعة لإجراء التسوية القضائية إذا كان التنازل يجب، نهائياً وحتماً، أن يتوقف في اليوم الذي يبدأ فيه سريانها. إن تكييف العقد ينبغي أن يتيح بقاء المؤسسة.

ويظهر، في النهاية، إن الطابع الجديد بالمعنى الضيق للظرف وله مفعول ارتباك بالنسبة إلى توازن العقد إذا كان متوافقاً مع التعريف التقليدي لعدم التوقع، ليس دائماً شرطاً ضرورياً لإعادة النظر.

يغدو من الصعب إذاً رسم الحد بين الغبن وعدم التوقع[2]، ومفهوم «عدم التوقع» ذاته يفقد من دقته.

---

(1) C.WITZ, La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi 4 juillet 1984, D.1985، العرض XIX، صفحة 106، رقم 14، العمود الثاني.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 777.

297 ـ تعتبر لاقابلية التوقع في الفقه عموماً أحد شروط إعادة النظر[1].

يمكن أولاً، من وجهة نظر نظرية، طرح مسألة معرفة هل أن هذه الخاصية مرتبطة بالحدث المعني في ذاته أو بالمفاعيل التي ينشئها وحسب؟ وبتعبير آخر هل أن الارتباك يجب أن يكون غير قابل للتوقع في ذاته أو في نتائجه على التوازن الاقتصادي للعقد؟ إن المجال المعين لعدم التوقع يكون، حسب الجواب المعطى لهذه المسألة، أكثر انحساراً أو أقل.

على أن الصعوبة بعينها، أياً كان الجواب، تبرز على الفور: ذلك بأن الحدث يمكن أن يكون غير قابل للتوقع موضوعياً أو ذاتياً. فأي معيار يجب اعتماده إذن؟ يضاف إلى ذلك أنه، إذا ظهر الحدث قابلاً للتوقع، فإن نتائجه يمكن أن تتجاوز جميع التوقعات[2]. فما هو عند ذلك المعيار الذي يتيح القول هل أن الحدث كان قابلاً للتوقع أم لا؟ وقد نودي باستبعاد أي إسناد إلى نفسانية الفريقين البعيدة المنال إلى حد كبير، والإسناد إلى «متوسطات»[3]، فيظهر المعيار أكثر موضوعية، إذا انفصل عن شخص المتعاقدين حتى إذا ارتبط بالمعنى المشترك[4].

298 ـ بيد أنه لوحظ، بقطع النظر عن الجدل النظري، **أن طابع الحدث غير القابل للتوقع** أياً كانت الزاوية التي ينظر إليه فيها **لم يقم القانون الوضعي وزناً له.**

هذه هي الحال في ما يتعلق بإعادة النظر في الشروط والأعباء التي تثقل بعض التبرعات المنصوص عليها في المادة 900 ـ 2 من القانون المدني[5]. فدعوى إعادة النظر مفتوحة «. . . عندما يصبح التنفيذ (بالنسبة إلى الأعباء)، بسبب تغير الظروف بالنسبة إليه (أي إلى المتبرع له) إمّا صعباً للغاية، وإما مضراً حقاً». إن مصدر تغير الظروف ليس الذي يقام وزن له وإنما المفعول الناجم عنه[6].

---

(1) انظر المؤلفين المستشهد بهم في الرقم 263 السابق التعليق رقم 2..

(2) انظر تحليل P.VOIRIN في أطروحته المذكورة سابقاً صفحة 35 وما يليهما وصفحة 145. يأخذ المؤلف مثالاً حصول حرب عام 1914 التي، في عرفه، كانت غير قابلة للتوقع في فرنسا وإنما ليس في ألمانيا ـ وهكذا أدخل رعايا الامبراطورية الجرمانية في العقود بنود تكييف سميت بنود الحرب (kriegsclauslen). بيد أن طبيعة الحرب الكبرى كانت بمنجى من المتعاقدين لأنها كانت غير قابلة للتوقع في مدتها وفي شدتها.

(3) انظر P.VOIRIN، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 40 وصفحة 41. ويضيف المؤلف أن عدم قابلية التوقع تُعرف من مفاعيلها، صفحة 146.

(4) هكذا يلخص Voirin تصوره لعدم قابلية التوقع: «يظهر عدم قابلية التوقع كمسألة أكثر وأقل في حظوظ تحقق فارق قيمة جسامة معينة. إنه مستبعد باليقين أو الاحتمال الجدي، وليس بالاحتمال المبهم المرتبط بجميع الأشياء الممكنة في العالم» (صفحة 174). أضف إلى ذلك، حول مفهوم عدم قابلية التوقع، STOYANOVITCH الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 117 وما يليها، الذي يتبنى تصوراً ذاتياً: «لم يكن الحدث الحاصل، أو نتائجه في آونة العقد، قابلاً للتوقع كما ينبغي من قبل الفريقين المرتبطين» (صفحة 124).

(5) القانون رقم 94 ـ 462 تاريخ 4 تموز 1984.

(6) انظر بهذا المعنى C.WITZ, La révision des charges et conditions en matière de libéralités après la loi du 4 juillet، Dalloz 1985، العرض XIX، صفحة 106، رقم 14، العمود الثاني.

من الصحيح أن على المتبرع له أن لا يكون مؤاخذاً[1]. ويبدو أن هذا الشرط الأخير من شأنه إعادة إدخال معيار عدم قابلية توقع الحدث بشكل غير مباشر، لأن المتبرع له، إذا كانت الظروف الضارة قابلة للتوقع في يوم قبول التبرع، فيكون مخطئاً بقبوله الالتزام بخفة[2]. على أن عدم قابلية التوقع ليس شرط إعادة النظر مباشرة وإنما غياب الخطإ. وطابع قابلية توقع الحدث أو نتائجه ليس سوى عنصر يتيح تقدير ما إذا كان مسلك المتبرع له ملوماً أم لا. كل شيء في النهاية يتوقف على تقدير مسلك طالب إعادة النظر تجاه الظروف.

إن المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985 لا تجعل من عدم قابلية التوقع شرطاً لإعادة النظر التي يخضعها فقط لغياب السبب المنسوب إلى المستأجر المدير. والمادة 833 ـ 1 من القانون المدني تتطرق فقط الى تأثير الظروف الاقتصادية بدون أي تحديد آخر. ولا يمكن القول إنه يجب أن تكون غير قابلة للتوقع إلا أن يضاف إلى النص شرط لم يأت على ذكره. إن المادة 37 من قانون 11 آذار 1957، التي أصبحت المادة L.S-131 من قانون الملكية الفكرية، تتمسك بتعبير «التوقع»، غير أن ذلك يطبق على إنتاج العمل وليس على الظروف التي أدت إلى توقع غير كاف من جهة المؤلف.

وعدم قابلية التوقع في الواقع ليست في ذاته، في القانون الوضعي، شرطاً لإعادة النظر أو الفسخ لسبب غير السبب المكوّن للقوة القاهرة. وهذا يعني أن نظرية عدم التوقع التي رفضتها محكمة النقض لم يكرسها المشترع، على اعتبار أن عدم قابلية التوقع ليس شرطاً لتطبيق النظرية. وفي هذا تناقض. وهذا التناقض يبين أن نظرية عدم التوقع في الواقع ليست مبنية على مسلمة غير صحيحة. إنها تشدد على سبب ظاهرة ما، في حين أن المفعول الناتج في توازن العقد هو الذي يقام له وزن بشكل أساسي. وخطأ الاستدلال يقارن بالخطإ المرتكز على أن نرى في الفسخ معاقبة عيب في الرضا يكشفه الغبن، في حين أن معاقبة عيوب الرضا هي التي موضوعها تجنب الغبن، أي اختلال التوازن بين التقديمات. والأمر يتعلق في الحالتين بإساءة استعمال مذهب سلطان الإرادة التي يقود إلى التشديد على الرضا، في حين أن هذا الرضا هو بشكل أساسي أداة تبادل متوازن[3].

إن اختلال التوازن الموضوعي بين التقديمات، الظاهر بعد فوات الأوان، هو الذي يطرح مسألة الحفاظ التام على العقد أو إعادة النظر فيه[4].

---

(1) C.WITZ، المرجع عينه ـ F.BOULANGER, La loi du 4 juillet 1984 sur la révision des charges dans les libéralités، 1984، مصنف الاجهادات الدوري، 1985، I، 3177، رقم 8.

(2) قارن بالملاحظات الأكثر عمومية، وإنما بالمعنى عينه لـ Voirin المصاغة في مناسبة انتقاد مماثلة عدم التوقع بالقوة القاهرة، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 92 وصفحة 93. على أن المؤلف يرفض الفكرة التي بمقتضاها يشكل خطأ المدين الدفع بعدم سماع الدعوى؛ الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 187 وما يليها.

(3) انظر تكوين اعقد، رقم 253.

(4) قارن بـ RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL، الجزء II، Obligations, Droits réels، منشورات L.G.D.J، 1957، رقم 471، صفحة 184: «إعادة النظر في العقد=

ويأخذ السيد El Gammal الذي درس المادة 147 من القانون المدني بأن عدم التوقع يرتبط بتوازن التقديمات. إن حدثاً ما ليس له في ذاته علاقة بالعقد، إن مفاعيله وحسب هي التي تؤثر في التوازن المتفق عليه سابقاً[1]. ويستعيد المؤلف، من وجهة النظر هذه، التفريق الذي نادى به عند دراسة العلاقات بين القوة القاهرة وعدم التوقع.

وتعبير «عدم التوقع» حمل شعاره الفقه غداة الحرب الكبرى كما يشهد على ذلك العدد الملفت للفرضيات التي ظهرت، في ذلك الوقت حول هذا الموضوع. وكان يعبر حينذاك فقط، بتأثير مذهب سلطان الإرادة، عن سبب اختلال التوازن العقدي مع تقنيع المشكلة الأساسية. وليست نظرية عدم التوقع (او نظرية الطوارىء)، بكونها ترتبط بطبيعة حدث معزول، سوى مظهر خاص لعدالة المعاوضة. إنها في ذاتها ليست لها سبب للوجود لأنها لم تكن لها على الإطلاق منفعة حقيقية، ذلك بأنه منذ عام 1918 خلفت فترة عدم استقرار فترة استقرار[2]. ولذلك لا يهتم المشترع، عندما يواجه إعادة نظر في العقد، لسبب اختلال التوازن ولا لأهميته.

وقد صدر حكم مميز عن الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض بتاريخ 14 كانون الأول 1987[3] في شأن إعادة النظر في التقديم التعويضي المتوجب بعد الطلاق. فأخذ قضاة الأساس، لقبول إعادة النظر: «بأن الظروف التي تميز الخطورة الاستثنائية تعود إلى حالة القوة القاهرة». فقد أقاموا إذاً وزناً للحدث ذاته. فنقضت محكمة النقض هذا التحليل بحجة أن «إعادة النظر في التقديم التعويضي خاضعة لشرط وحيد هو وجود ظروف ذات خطورة استثنائية ناتجة عن غياب إعادة النظر». كان ذلك تأكيد أن المفاعيل التي أنتجها الحدث يجب أن يقام وزن لها وحدها.

وهكذا تقود الحلول التي يعتمدها القانون الوضعي إلى التساؤل حول ملاءمة تطلب الطابع غير القابل للتوقع الحدث. ويمكن التساؤل عما إذا كان الأمر يتعلق في الحقيقة بتقدير مسلك المدين بالموجب الذي أصبح أكثر كلفة. ويمكن، في المقام الأول، في هذه الرؤية، تقدير أن المدين، إذا كان الحدث قابلاً للتوقع بشكل طبيعي في وجوده أو في نتائجه أو في وجوده ونتائجه، يكون مخطئاً لأنه أهمل ذلك. ويمكن، في المقام الثاني، وبالاستقلال عن أي فكرة خطإ، الأخذ بأن المتعاقدين تعاقدا مع معرفتهما التامة بالوضع وقبلا وجود ضرر غير طبيعي إلى حد ما. وعليه يجب، في الحالة الأولى، وبمقتضى مبدإ المسؤولية، أن ينفذ

---

* لا يتم طلبها في الحقيقة لسبب عدم التوقع، وإنما لأن التوازن بين التقديمات الذي كان قائماً في يوم إبرام العقد قد اختل خلال التنفيذ».

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398 وما يليه، صفحة 229 و 230، التي تستشهد بـ STOYANOVITCH, De l'intervention du juge dans le contrat en cas de circonstances imprévues، أطـروحـة فـي Aix، 1941، صفحة 124.

(2) انظر A.TRASBOT, La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé, in Le droit privé français au milieux du XX siècle، دراسات مهداة إلى Georges RIPERT الجزء II، L.G.D.J، 1950، صفحة 159 وما يليها.

(3) النشرة المدنية، II رقم 265، صفحة 147.

العقد كما جرى إبرامه، وفي الحالة الثانية لأن المتعاقدين قبلا هذه المخاطرة[1].

299 - يمكن، انطلاقاً من هذه الاعتبارات حول قيمة نظرية عدم التوقع، **تقدير أن المشكلة الحقيقية هي مشكلة عبء مخاطر العقد.**

وهكذا تم تجاوز الحماس في الجدل وأصبح منظوراً إليه بصورة أكثر موضوعية. وبإمكان واضعي العقود استلهام هذه الفكرة وإعداد بنود أبسط من عقود الاختبار[2]، بدون استبعاد بنود عدم التوقع هذه. فمن الممكن مثلاً وضع بند تعويض عن المخاطر غير الطبيعية المرتبطة وحسب بفداحة اختلال التوازن. ويصبح العقد بهذه الطريقة محافظاً عليه، على اعتبار أن إعادة النظر فيه غير مفيدة، والمخاطر غير الطبيعية تكون موزعة بإنصاف، وتغدو وظيفة التبادل المتوازن للعقد مؤمنة بشكل مرضٍ.

إن بند التعويض يبقى مثيراً لتساؤل صاغه السيد Pellerin بهذه العبارات: «هل أن بند التعويض عن خسارة أحد الفريقين، على عكس التعويض الذي يفرضه القانون العام، هو وصف شراكة؟»[3]. إن تحليل مفهوم نية الشراكة هو الذي يتيح الإجابة على هذا السؤال. وهذا المفهوم، في عرف المؤلف، يستدعي بالضرورة عنصراً قصدياً، أي إرادة التعاون، إرادة إبرام عقد شراكة... والحال أن بند التعويض عن المخاطر لا يحوي نية كهذه. ويخلص المؤلف إلى ما يلي: «لا يمكن أن يشكل التعويض عن الخسائر لوحده نية المشاركة، ولا أن يفترض وجودها: يقتضي وجود عنصر آخر يبرز ذهنية المشاركة التي يجب إقامة البرهنة عليها. وعليه إذا كان بند التعويض عن الخسائر معزولاً فلا يمكنه أن يشكل عقد شراكة. وبالمقابل، إذا دعمته إرادة الاتحاد فإنه يشكل العنصر المادي لنية المشاركة ويسوّغ وصف العقد بالشراكة»[4].

ج - عدم النسبة وغياب الخطأ:

300 - يفرض المشترع أحياناً، كشرط لإعادة النظر، أن لا يكون سبب اختلال التوازن منسوباً إلى الضحية (المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985). وهذا الشرط قاسٍ لأن له طابعاً موضوعياً صرفاً. فالأمر لا يتعلق بتقدير مسلك الضحية وإنما بالتحقق من مصدر اختلال التوازن وحسب.

إن عدم النسبة مبدأ حدوده موضوع نقاش في الفقه[5]، عندما يسبب الظروف الجديدة

---

(1) أصدر السيد REVIRIOT، في دراسة القانون السويسري الذي يأخذ بإعادة النظر في العقد لعدم التوقع، الفكرة التي بمقتضاها ينبغي أن يكون معيار المخاطر المقبولة مأخوذاً به إسناداً إلى معيار قابلية التوقع أو لاقابلية التوقع (الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 92).

(2) انظر الرقم 286 السابق وما يليه.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 284، صفحة 570.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 296، صفحة 584.

(5) انظر C.STOYANOVITCH، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 128 وما يليها. إن عدم نسبة الحدث =

في الوقت عينه فعل المدين والعوامل الخارجية. ويأخذ السيد Philippe مثلاً في هذا الصدد مقاولة تضع مصلحة الأبحاث فيها بأسرع ما كان متفقاً عليه منتجاً جديداً معداً للإدخال في أقصر المهل في السوق مراعاةً لتطلبات المنافسة. فيطرح المؤلف إذ ذاك مسألة معرفة ما إذا كان بإمكان المقاولة فسخ عقد التوريد الذي يتناول مكوّنات المنتج القديم[1].

وهذا المثال يمكن نقل مكانه في حالة المادة 98 المذكورة سابقاً. إن المستأجر المدير التزم لأن المنتج الذي صنعته الشركة الموضوعة في التقديم القضائي هو بالتالي المجليّ أكثر من غيره. والحال أن مصلحة أبحاث المستأجر المدير وضعت منتجاً مماثلاً وإنما مجلياً أكثر من غيره، في تاريخ سابق للتاريخ المحدد لاكتساب الملكية. «إن تغير الظروف إذاً عائد لفعل مديرية في المقاولة تعمل تحت ضغط إكراهات خارجية واستقلال عن المصلحة التجارية التي تعاقدت على البيع»[2]. وهذا الظرف، في عرف المؤلف، ينبغي أن لا يكون من شأنه إعفاء المدين. «إن تغير النمط ظرف يقع، من الزاوية الاقتصادية، في كرة نشاط المدين الذي عليه أن يتحمل المخاطر طالما أنه، في المجرد، الأفضل في السيطرة على النتائج». ويضيف المؤلف: «مبدأ الكرة المجرد للنشاط أوسع من مجرد اللاأخارجانية ويمكن أن يشمل ظروفاً لها طابع فوق الفردي كاكتشاف منتج جديد تضعه في التداول مقاولة أخرى، غير أن مفعول تجيره جعل المنتجات المصنوعة انطلاقاً من مكوّنات تشكل موضوع عقد التوريد المنازع فيه غير مفيدة»[3].

وهذا التحليل غير مقنع بكامله. وبالفعل إن نشاط المدين ذاته، في الحالة الأولى، هو الذي يحرم اكتساب الملكية المخطط له من المنفعة. فالسبب إذاً، جزئياً على الأقل، منسوب إلى المدين. والظروف، بالمقابل، في الحالة الثانية، خارجية عن شخص المدين، حتى ولو كانت داخلة في «الكره المجردة للنشاط». إن التصور الذي يدافع عنه السيد Philippe توسعي أكثر من اللازم؛ فتقلبات السوق يمكن أن تفلت كلياً من إرادة المدين، حتى ولو كان أحد الفاعلين في السوق المعنية. وهكذا لا يمكن قبوله لتطبيق المادة 98، الفقرة 2. ينبغي ويكفي أن لا يكون سبب اختلال التوازن في شيء منسوباً إلى المستأجر المدير.

على أن عدم النسبة ليست مفروضاً دائماً. فمن غير المهم في مجال التأمينات أن يكون تفاقم المخاطر من فعل المؤمَّن أم لا (المادة L.4-113 من قانون التأمينات). فالأمر يتعلق بالفعل بحماية المؤمَّن مع الحفاظ على حقوق المؤمِّن.

= الحاصل لم يكن يشكل الدفع بعدم سماع الدعوى ما دام أن المتعاقد عمل لمصلحة جماعية أسمى متميزة عن مصلحته الخاصة. وهكذا يكون بإمكان عامل شارك في إضراب وليس في استطاعته دفع بدل الإيجار التمسك بنظرية عدم التوقع، إن تحليلاً كهذا لا يمكن الأخذ به لأنه يتجاهل تماماً مبدأ المسؤولية الذي بمقتضاه يتحمل كل من هو أهل للحق نتائج أعماله.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 627.

(2) D.-M.PHLLIPPE، المرجع عينه.

(3) D.-M.PHLLIPPE، المرجع عينه.

إن قبولية دعوى إعادة النظر أو الفسخ خاضعة أحياناً، بالمقابل، لغياب خطإ المدعي الموجود في وضع صعب. فالمادة 900 ـ 5 من القانون المدني تنص على أن: «الشخص المتبرع له عليه تسويغ العناية التي قام بها في فترة تنفيذ موجباته». ولا يستطيع الموهوب له أن يكتفي بتحمل الأحداث، عليه استخدام جميع الوسائل الكفيلة بمنع حصول الضرر. ويقدر مسلكه بصورة ذاتية وليس بشكل موضوعي، كما في حالة المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985. وذلك تطبيق لمبدإ احسن النية في تنفيذ العقد الذي تذكّر به المادة 1134، الفقرة 3، من القانون المدني.

ويلاحظ في النهاية، في القانون الوضعي، أن تكييف العقد المتعاقب، أو فسخه، مع حصول إختلال التوازن بين التقديمات التبادلية لاحقاً لتكوينه، ليس خاضعاً لشروط مشتركة في بدء العمل. وغياب قاسم مشترك، في ما يتعلق بشروط إقامة وزن لاختلال التوازن، يعزز الفكرة الصادرة سابقاً في أن عدم التوقع، كما جرى تقديمه، نظرية خاطئة.

إن المشترع لا يهتم إلاّ بتأمين توازن في تنفيذ عدد معين من العقود. وتعزز دراسة أهمية اختلال التوازن ومعاقبة «عدم التوقع» هذا الرأي أيضاً.

II ـ اهمية اختلال التوازن

301 ـ غياب القواعد العامة.

تخلق الظروف الاقتصادية اختلال توازن بخطورة معينة[1]. وليس ثمة عدم توقع عند وجود مجرد تأخير في تنفيذ العقد، حتى ولو كان هذا التأخير نتيجة حدث غير قابل للتوقع، في غياب أي اختلالٍ جليّ في التوازن[2].

ويحدد المشترع أحياناً، عندما يقيم وزناً لعدم التوقع، عتبة يقتضي تجاوزها لتكون إعادة النظر ممكنة. وذلك حالة القانون حول الملكية الأدبية والفنية (ضرر يفوق سبعة من اثني عشر) والمادة 833 ـ 1 من القانون المدني (عتبة الربع). ولا يملك القاضي في هاتين الفرضيتين أي سلطة تقدير.

ويترك المشترع، أحياناً، بالمقابل، للمحاكم القيام بتقدير أهمية اختلال التوازن. وينص قانوناً 4 تموز 1984 و25 كانون الثاني 1985 على ذلك. من المعقول، في ما يتعلق بمسألة واقعية، أن لا تمارس محكمة النقض رقابة لتقدير الذي قام به قضاة الأساس. ثمة مجازفة في التعسفي بلا جدال، حتى ولو كانت الحرية التي يتمتع بها القاضي، بالمقابل، تتيح مرونة معينة في تطبيق القانون.

ليس هناك في النهاية أي قاعدة عامة في هذا الشأن.

(1) PLANIOL et RIPERT، تأليف P.ESMBIN، المذكورين آنفاً، رقم 397، صفحة 537.

(2) FYOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 83 وصفحة 84.

III ـ آونة تقدير عدم التوقع

302 ـ يجب تقدير عدم التوقع، من حيث المبدأ، في آونة تنفيذ العقد.

على القاضي أن يضع نفسه في يوم تنفيذ العقد وليس في يوم تكوينه لتقدير أهمية اختلال التوازن[1].

وهذا هو السبب الذي من أجله، في حالة وعد أحادي الجانب بالبيع، لا يعود اختلال التوازن الاقتصادي المقدر في يوم استعمال الخيار (وليس في يوم توقيع الوعد) إلى مجال عدم التوقع وإنما إلى مجال الغبن[2]. ولم يقم الاجتهاد بتوسيع مدى هذه القاعدة. ففي 27 كانون الثاني 1953 حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض[3] «بأنه إذا كان يجب تحديد قيمة المال المباع، وعند الاقتضاء وجود غبن يفسح في المجال للفسخ في اليوم الذي يعلن فيه المستفيد من هذا الوعد استعمال الخيار، فإن القضاة، على عكس ذلك، يجب أن يضعوا أنفسهم في تاريخ الوعد للبحث عما إذا كان الثمن المتفق عليه كان جدياً. . . وأن قضاة الأساس بينوا شرعاً أن التغيرات النقدية التي كان يعود إلى الواعد أن يحمي نفسه منها لم يكن من شأنها أن تؤدي إلى بطلان البيع لعدم وجود ثمن جدي».

وتتوقف آونة تقدير عدم التوقع أحياناً على الظروف التي ترافق تكوين العقد. وبما أن المشترع يأخذ في جدة الحدث الذي له مفعول مخلّ بمجرد جهل المدين، فإن القاضي يضع نفسه في الواقع في يوم إبرام العقد[4]..وفكرة الغبن بالتالي هي التي يؤخذ بها أكثر من فكرة عدم التوقع.

الفقرة 2 ـ العقوبات

303 ـ النقاش حول طبيعة المعاقبة.

ناقش المؤلفون طبيعة معاقبة عدم التوقع.

ففي عرف السيد Voirin: «إن المعاقبة الوحيدة الملائمة هي إعادة النظر في كيفيات العقد، وتكييفها مع الظروف الجديدة من أجل الحفاظ في معادلة ما على الأهداف العقدية والمناخ الاقتصادي والاجتماعي»[5]. ويغدو تعليق العقد كيفية لإعادة النظر[6].

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 777.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 776. وعلى نقيض ذلك: TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Les Obligations، رقم 442.

(3) مجلة قصر العدل، 1953، الأسبوع الأول، رقم 256.

(4) انظر الرقم 296 السابق.

(5) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 196.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 205 وصفحة 206.

ويكون الفسخ المترافق مع عطل وضرر معتدلين معاقبة لعدم التوقع كذلك[1]. وهكذا يقبل المؤلف أن الفسخ يمكن أن يوصل إلى نتائج قريبة من إعادة النظر[2]، شرط أن يقترن بعطل وضرر[3]، ذلك بأن الأمر يتعلق بتوزيع المخاطر غير المتوقعة. بيد أن إعادة النظر ينبغي أن لا تقود على الإطلاق إلى إلقاء عبء المخاطر بكامله على عاتق المتعاقد الذي لم يكن مباشرة ضحيتها.

ويؤكد السيد Auverny-Bennetot، على العكس، أن العلاج الوحيد لعدم التوقع هو إعادة النظر في العقد[4].

وبالنسبة إلى السيد Fyot، الذي يستبعد من دراسته التعهدات التي تتناول مبلغاً من النقد، المعاقبة الطبيعية لرفض التنفيذ هي فسخ العقد مع عطل وضرر[5]. فالتنفيذ القسري هو بالفعل غير قابل للممارسة، من حيث المبدأ، عندما يحوي الموجب عملاً أو سلسلة أعمال يرفض المدين القيام بها. ولا يبدو التنفيذ، مع أنه ممكن عندما يرتكز الموجب على تسليم عين (شيء معين). ، عند ذلك ملائماً ولا مأمولاً. ويظهر الفسخ المقترن بعطل وضرر وحده ممكناً إذن، غير أن تحديد العطل والضرر يكون تبعاً لعدم التوقع[6]. وهكذا يتلخص استدلال المؤلف بالقياس. إن عدم التوقع يفترض زيادة غير متوقعة في قيمة الشيء. والحال أن هذه الزيادة (فائض القيمة) يجب أن تصلح كأساس لتقويم العطل والضرر. ينتج عن ذلك، طالما أن قاعدة التخمين أعلى من التوقعات، إن على القاضي تحديد المسؤولية النقدية للمدين[7]. وقانون «Failliot» بتاريخ 21 كانون الثاني 1918 جرى تقديمه، بصواب، كتطبيق لهذه المبادىء[8].

ويأخذ مؤلفون آخرون أيضاً بالفسخ كأحد الحلول الممكنة، بدون أن يقدموا في شأنها تسويغات حقيقية[9].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 207.
(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 209.
(3) الأطروحة الذكورة سابقاً، صفحة 212.
(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 30.
(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66 وما يليها.
(6) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 78 وما يليها.
(7) الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 80 وما يليها.
(8) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 134 وما يليها.
(9) J.LARGUIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الأولى، رقم 1 ـ J.-L.MOURALIS، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، 1973، رقم 1. وقد تفحص السيدان MAZEAUD وCHABAS نظرية عدم التوقع تحت عنوان الفسخ القضائي (دروس في القانون المدني، الجزءII، المجلد 1، الموجبات: نظرية عامة، رقم 733 وما يليه).

304 ـ يتبنى القانون الوضعي المعاقبة للهدف المنشود.

ليس ثمة أي قاعدة عامة في هذا الشأن: فالمشترع يختار العلاج الذي يبدو الأنسب. ولذلك يعتمد إعادة النظر في العقد (المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985)، والفسخ (قانون «Failliot») المقترن بعطل وضرر أم لا أو كذلك مجرد التعليق (قانون «Failliot»). وينسق أحياناً بين العقوبات المختلفة والمادة L.4-113 ، والمادة L.7-113 من قانون التأمينات).

والمشترع، بالنص على معاقبة محددة، يحرم المحاكم من سلطة الاختيار. وهكذا، إذا كانت المحكمة تمتلك بمقتضى المادة 98، الفقرة 2، من قانون 25 كانون الثاني 1985، سلطة تعديل شروط الشراء المحددة في الأصل لاستعادة المال المعطى للإدارة، فليس بإمكانها، بالمقابل، فسخ العقد، إذ استبعد المشترع هذه الإمكانية في سبيل تأمين استعادة المال واستثماره. ويظهر الفسخ ممكناً بدرجة أقل عندما تكون المعاقبة السوية لرفض اكتساب الملكية إمكانية إجراء التسوية القضائية في مكان المستأجر المدير (المادة 98، الفقرة 1).

بيدَ أن سلطات القاضي يمكن أن تكون أكثر اتساعاً. فالمادة 900 ـ 4 من القانون المدني تنص على ما يلي: «بإمكان القاضي الذي يراجع لطلب الفسخ، حسب الحالات حتى تلقائياً، إمّا تخفيض التقديمات التي تثقل التبرع من حيث مقدارها أو دوريتها، وإمّا تعديل موضوعها باستلهام نية المتعاقدين، وإما جمعها ثانية أيضاً مع تقديمات مماثلة ناتجة عن تبرعات أخرى. وفي وسعه السماح بالتصرف بالأموال التي تشكل موضوع التبرع كلياً أو جزئياً بالأمر باستعمال الثمن لغايات لها علاقة بإرادة المتصرف.

القسم 3

محاولة تركيب

305 ـ يظهر وصف القانون الوضعي سلسلة حالات يتيح عدم التوقع فيها ـ المعتبر اختلال توازن موضوعياً ـ السماح بتعديل العقد أو فسخه، وهذه الحلول الناجمة عن أحكام خاصة، من مصدر قانوني جميعاً، هل أن لها تسويغاً، أساساً منطقياً مشتركاً، يمكن أن يستنتج منه النظام العام لعدم التوقع؟ هذه المسألة الأولى تهم القانون الوضعي.

وينبغي كذلك التساؤل، على غرار تشريعات أخرى، عما إذا كان من المناسب بحكم القانون الواجب الأخذ به، تنفيذ الحلول الاستثنائية والمبعثرة التي تعاقب عدم التوقع مع نص ذي مدى مدى عام يعطي المحاكم، ضمن شروط معينة، سلطة إعادة النظر في العقود التي يتناولها عدم التوقع أو فسخها؟

من المناسب إذاً تحديد الأساس القانوني لمعاقبة عدم التوقع في القانون الوضعي، قبل التساؤل بحكم القانون الواجب الأخذ به حول ملاءمة نص ذي مدى عام يعاقب عدم التوقع.

الفقرة 1 ـ الأساس القانوني لمعاقبة عدم التوقع

306 ـ بعد عرض الفرضيات التي جرى تقديمها لتسويغ نظرية عدم التوقع والتي أخفقت جميعاً، سنبين أن الأساس القانوني لإعادة النظر أو الفسخ يمكن البحث عنه في المبادىء الموجهة التي تسوس النظرية العامة للعقد.

I ـ محاولات التركيب وفشلها

307 ـ بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة والمادة 1156 من القانون المدني. بعض المؤلفين بحث في إرادة مفترضة للفريقين عن أساس نظرية عدم التوقع[1]، فكتب

(1) انظر تعليق Sirey, A.WAHL، 1916 17 ـ J.LARTIGOLLE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 113 وما يليها.

Bomsel: «عدم التوقع هو إذاً في نهاية المطاف البند الضمني الذي بمقتضاه، وفي أي عقد ملزم للطرفين، يتحفظ الفريقان المتعاقدان اللذان تعاملا في ظروف طبيعية، لجهة الحالة التي يغدو فيها، عقب أحداث غير متوقعة، تنفيذ أحد الموجبات، بالنسبة إلى موجب الآخر، مكلفاً للغاية»[1]. وهذا البند مرتبط بالمادة 1156 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: «يجب البحث في الاتفاقيات عما كانت عليه نية الفريقين المشتركة بدلاً من التوقف عند المعنى الحرفي للتعابير». إذن كان الرجوع إلى إرادة الفريقين المشتركة لتسويغ قبول نظرية عدم التوقع.

وفي سبيل دحض هذا التحليل جرى بيان أن القاضي ليس بإمكانه، بذريعة التفسير، تشويه المستند الخطي، وأن القاضي، عندما يفسر العقد، ينبغي أن لا يقيم وزناً إلاّ لآونة إبرام العقد وسلطة تفسيره لا يمكن أن تماثل بسلطة إعادة النظر[2]. وقد أدان Ripert أخيراً بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة بملاحظة أنه مناقض لطبيعة العقد الاقتصادية وهو عمل توقع[3].

ومن الملائم، إضافة إلى ذلك، ملاحظة أن القانون الانكليزي، إذا كان يقبل، إلى حد ما، بنظرية عدم التوقع عن طريق مفهوم الحرمان[4]، فإنه لا يأخذ بإرادة الفريقين أو بتفسيرها كأساس، وإنما يتبنى تحليلاً اقتصادياً[5].

308 ـ حسن النية والإنصاف (المادة 1134، الفقرة 3، والمادة 135 من القانون المدني).

جرى الإدعاء بأن القواعد الخلقية لحسن النية والإنصاف تمنع الدائن من الإثراء بمضرّة المدين عندما تكون نتيجة الظروف الجديدة خراب المدين[6].

إن هذه الفكرة السمحاء لا يمكن ربطها بالقانون المدني. وكما لاحظ Capitant[7] «لا يجيز أي نص في القانون المدني لأحد المتعاقدين أن يطلب الاسترداد بذريعة أن الأحداث اللاحقة تجعل تنفيذ موجبه أصعب»... «والفقرة 3 من المادة 1134 لا تنشىء سبباً خاصاً

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 11.

(2) C.-M.POPESCU, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé، أطروحة في باريس، 1937، صفحة 32 وصفحة 63.

(3) La règle morale... صفحة 146 وصفحة 147 وكذلك M. EL GAMMAL الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 239، صفحة 138.

(4) انظر الرقم 316 اللاحق.

(5) انظر P.VANOMMESLAGHE, Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux، مجلة القانون الدّولي والقانون المقارن، 1980، رقم 13، صفحة 18 وصفحة 19.

(6) انظر بهذا المعنى B.NAQUET، تعليق على حكم النقض المدني في 10 آذار 1919، S.1920، 1، 105.

(7) التعليق D. 1916، 2، 33.

للفسخ. إنها تعني وحسب أن على الفريقين أن يتصرفا بحسن نية أي أنه ليس عليهم فعل ما هو معبر عنه في العقد وحسب، وإنما كذلك ما يتطلبه الإنصاف أو العادة أو القانون، حسب طبيعة الموجب»... «وعليه ليست هاتان الفقرتان الأخيرتان من المادة 1134 سوى بسط المبدإ المصاغ في الفقرة الأولى، ومن الخطإ التذرع به لدعم فرضية مناقضة لهذه القاعدة». إن حسن النية الوارد في المادة 1134، الفقرة 3، يتعلق بامتداد الموجب وليس بوجوده. أما الإنصاف فموضوعه تحديد نتائج الاتفاقية وحسب بدون تحديد قوة العقد الملزمة[1].

يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أدانت بحزم هذه النظرية. فحكمت الغرفة التجارية، في 2 كانون الأول 1947، «بأن القاضي، إذا كان الإنصاف، أو العادة، سنداً للمادة 1135 من القانون المدني، فيجب أن يقام وزن لكليهما في تفسير العقود والنتائج التي تقود إليها، فليس في وسعه التمسك بهما لإعفاء أحد المتعاقدين من إتمام تعهداته الواضحة والدقيقة التي التزم بها بحرية»[2]. وهكذا لا يسع المحاكم تخفيض مقدار موجب المدين استناداً إلى المادتين 1134، الفقرة 3، و1135 من القانون المدني.

309 ـ نظرية Voirin[3].

لم يحظر القانون، حسب Voirin، نظرية عدم التوقع، فسكوت النص لا يمكن أن يماثل بالمنع. والبحث عن الأساس القانوني لعدم التوقع يستوجب، في عرضه تحليل مفهوم العقد. ويقترح تفريق سبب العقد عن هدفه، ويستبعد السبب كمسوغ لعدم التوقع. وبالمقابل، يكون الهدف الذي ينشده الفريقان قابلاً لأن يسوّغ تكييفاً ضرورياً[4]. «نية الفريقين المشتركة التي تنشىء علاقة ملزمة لا تستحق أن تنتج مفاعيلها إلاّ بمقدار ما تكون في خدمة الأهداف المتوافقة مع القاعدة القانونية»[5]. وهكذا يرد المؤلف النظرية التي يكون السبب بمقتضاها، بالإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة، مضمراً دائماً في العقود، لأنه يفترض تفسير الإرادة التي لم توجد في الحقيقة على الإطلاق. واللجوء إلى هذا البند لا يهدف إلاّ لإكمال إرادة الفريقين[6].

ويحدد Voirin مدى مبدإ سلطان الإرادة بإبرام العقد، أي بما إراد الفريقان فعله، عقد عمل أو إيجار مثلاً. ولكن عندما تتغير الظروف، بدون أن يزول الهدف المنشود، ثمة مجال لتبني كيفيات تنفيذ العقد من أجل أن تعاد لها أهليتها الأولى في تحقيق الأهداف التي تحدد

---

(1) RIPERT, Le régime démocratique et le droit civil moderne، الطبعة الثانية، باريس، 1948، رقم 119 وما يليه.

(2) مجلة قصر العدل، 1948، I، صفحة 36.

(3) De l'imprévision dans les rapports de droit privé، أطروحة في نانسي، 1922 ـ فرضية تبناها DEMOGUE وDe Harven اللذان استشهد بهما Demogues المذكور سابقاً، صفحة 695 وصفحة 696.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 118 وما يليها.

(5) الأطروحة المشار إليها آنفاً، صفحة 128.

(6) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 131 وصفحة 132.

وجوده». . . «إنه تكييف الإرادة الذي لا يتم وفقاً لإرادة مفترضة وإنما تبعاً للمضمون الموضوعي الجديد للقاعدة القانونية»[1]. ويفترض أن الفريقين قد قبلا بصورة يتعذر ردها تكييف الكيفيات المشترطة، ذلك بأنهما، في حال غياب ذلك، يكونان قد أبديا الرغبة في انتهاك القاعدة القانونية[2]. وفي النهاية يعود تكوين العقد إذاً إلى مبدأ سلطان الإرادة، إلاّ أن كيفيات التنفيذ تفلت من المتعاقدين لكي تستسلم للظروف للوصول إلى الهدف المنشود وفقاً للقاعدة القانونية.

غير أن هذا التحليل، مهما كان بارعاً، لا يمكن الأخذ به. فهذه النظرية الهادفة إلى تحديد مجال سلطان الإرادة وربط نظرية عدم التوقع بالقانون نفسه تصطدم بعقبة يتعذر تجاوزها. فالقانون لم يكرس مبدأ تكييف العقد مع الظروف الاقتصادية الجديدة. والمادة 1134، الفقرة 1 من القانون المدني هي، على العكس تماماً، بيان لرد نظرية عدم التوقع.

يضاف إلى ذلك أنه ينبغي عدم الخلط بين تكييف العقد بسبب صدور قانون جديد وتكييف العقد بسبب حصول ظروف واقعية جديدة. والحال أن Voirin لم يفعل غير ذلك. انه يماثل، عن طريق مفهومه للعقد، تغيرات الظروف الواقعية بالتغيرات التشريعية التي تعدل وحدها النظام القانوني وتفرض أحياناً تعديل العقد.

310 ـ نظرية Fyot[3].

ترتكز هذه النظرية على تفسير معين للمادة 1150 من القانون المدني وبمقتضاها: «المدين غير ملزم إلاّ بالعطل والضرر المنصوص عليهما في العقد أو كان يمكن أن ينص عليهما عند إبرام العقد، عندما لا يكون الموجب قد نفذ على الإطلاق وإنما لم يكن ذلك عن طريق الخداع (أو التدليس). ويحلل المؤلف هذا النص متبنياً مفهوم Aubry وRau[4] ـ وهكذا يأخذ بأن «المدين حسن النية. . . غير ملزم إلاّ بالتعويض الذي يمثل مبلغ الضرر الذي كان يمكن ان يتضمنه العقد وليس أبعد من ذلك»[5]. وهكذا ترتبط المادة 1150 من القانون المدني، من وجهة النظر هذه، قانوناً بمقدار التعويض وليس بسبب الضرر وحسب.

ويثير Fyot، دعماً لفرضيته، سلطان Pothier الذي يعلق عليه. وهكذا يلاحظ من ملهم القانون المدني تفحص مسألة عدم التوقع في مظهرين، أي سبب الضرر ومداه، عندما لا يكون عدم التنفيذ خداعياً[6] ويقدر أن واضعي مدوّنة القانون المدني تبنوا هذا

---

(1) الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 136.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 137 وصفحة 138.

(3) Essai d'une justification nouvelle de la théorie de l'imprévision à l'égard des contrats portant sur des objets autre qu'une somme d'argent، أطروحة في ديجون، 1921.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 18 وصفحة 32 وما يليها.

(5) الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 32. المؤلف هنا الذي يشدد على ذلك.

(6) الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 34 وما يليها.

التحليل[1]. ولن يكون المدين ملزماً إلاّ بالضرر المتوقع وفي النصاب المتوقع أيضاً في يوم إبرام العقد، وانطلاقاً من هذا التحليل يبني المؤلف نظريته لعدم التوقع.

ينبغي، وفقاً لهذه الفرضية، استبعاد المادة 1149 من القانون المدني في حالة تخلف المدين ذلك بأنه «عندما يكون ثمة عدم توقع في العقد يقتضي أن تحدد المادة 1150 مسؤولية المدين النقدية»[2] وعندما ينفذ هذا المدين مع ذلك تقديمه تكون المادة 1150 أيضاً منذورة للتطبيق وعلى الدائن أن يدفع تكملة للثمن بصفة تعويض[3]. ويلخص المؤلف فكرته على النحو التالي: «إن سبب تحديد الإنصاف الذي تتضمنه المادة 1150 ليست علة وجوده عدم تنفيذ الموجب العقدي وإنما عدم توقع القيمة النقدية للتقديم؛ وهكذا يسيطر، في عرفنا، على الظروف ويتجاوز الإطار الضيق لتحديد العطل والضرر؛ فمن الواجب تطبيقه على كل حال: يبقى الدائن، سواء ترك المدين نفسه يدان بتعويض نقدي أو نفذ ما عليه، ملزماً، على ما نعتقد، بتحديد حقوقه في فائض القيمة المحتمل للشيء المتوجب له بالحد الأقصى القابل للتوقع، لأن المدين يفترض أنه وافق بصواب على الالتزام بهذا النصيب القابل للتوقع»[4]. وأخيراً يجب أن لا يعامل المدين الذي قام بموجبه بأسوأ من الذي لا ينفذ موجبه.

إن هذه الفرضية كانت موضع انتقاد. فقد جرى بيان أن التحليل يرتكز حصراً على فكر Pothier الذي ليست له قوة القانون، وقد استبعد واضعوا مدوّنه القانون المدني بصعوبة، لدى صياغة المادة 1150، قابلية توقع مقدار الضرر[5]. كما أنه جرى الاعتراض بأن المادة 1150 تتعلق حصراً بمسألة المسؤولية الغريبة عن نظرية عدم التوقع[6]. وكان الحكم أخيراً بأن أحكام المادة 1150 تتعلق فقط بالتوقع أو بقابلية التوقع في صدد العناصر المكونة للضرر وليس بالمعادل النقدي الواجب التعويض عنه[7]. فالمادة 1150 من القانون المدني لا يمكن أن تكون أساساً لنظرية عدم التوقع لأنها، بكل بساطة، لا تتعلق بها.

---

(1) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 46 وما يليها، لاسيما صفحة 50.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 99.

(3) الأطروحة المذكورة آنفاً، صفحة 196 وما يليها.

(4) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 199، بأحرف منحنية في النص.

(5) VOIRIN، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 78 وصفحة 79.

(6) WEILL et TERRÉ، Obligations، الطبعة الرابعة، رقم 378.

(7) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 آذار 1965، D.1965، صفحة 449 ـ أول حزيران 1959، D.1959، صفحة 454 ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 287، صفحة 257؛ D.1984، صفحة 124 من التقرير. وقد لاحظ VOIRIN أن قضاة الأساس تبنوا هذا التحليل في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 77، التعليق 2، الاجتهاد المستشهد به.

311 ـ تحليل Magnan de Bornier[1] .

يبين هذا المؤلف أولاً أن واضعي مدوّنة القانون المدني أدانوا نظرية عدم التوقع. ويسأل عند ذلك: «لماذا الامتناع عن البحث في المدوّنة عن تسويغ للمبدأ الذي تدينه المدوّنة»[2] .

والعقد في عرفه، اجتماع عنصر ذاتي، هو الإرادة، وعنصر موضوعي خارجي عن الفريقين، هو الثمن العادل. والحال أن القاعدة الخلقية تمنع فقط على المتعاقد إنكار وعده. وعنصر الإرادة محدد نهائياً في فترة إبرام العقد، غير أن الإرادة ليس لها أي تأثير على العناصر الخارجية عن العقد التي تؤثر في الثمن. وهكذا ليس في وسع القاعدة الخلقية أن تقف في وجه قبول نظرية عدم التوقع[3] . وحصول أحداث غير قابلة للتوقع يدمر العنصر الموضوعي للعقد ويحدث هكذا إثراء غير عادل لأحد الفريقين[4] . يضاف إلى ذلك أن صلابة العقد تنتج أحياناً مفاعيل سلبية في مجمل الاقتصاد، ويقترح المؤلف عندها قبول بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة في القانون الخاص، بالطريقة عينها التي يؤخذ بها في القانون الدُولي العام[5] . ويبني، باستعادة تحليل مجلس الدولة، عدم التوقع على مبدأ المنفعة الاجتماعية. والسؤال الوحيد الذي على القاضي أن يطرحه على نفسه هو معرفة ما إذا كان من المفيد اجتماعياً تنفيذ العقد بدون تعديل او فسخ[6] .

إن التحليل يرتكز على أساس موضوعي أكيد. بيد أن المشترع، عن خطإ أو عن صواب، قدر أن صلابة الرباط القانوني الناتج عن العقد مفيد اجتماعياً في القانون الخاص. فإذا ما ظهر الأساس المقترح وثيق الصلة بالموضوع، فإن مسألة عدم التوقع تعود نهائياً إلى اختيار السياسة التشريعية، كما يبين ذلك المؤلف نفسه، ولن يكون في وسع المحاكم مخالفة حرفية نص مهما كان منتقداً.

312 ـ إثراء الدائن ليس بدون سبب ما دام أن مصدره في عقد مكوّن شرعاً.

تهدف دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، المبنية على الإنصاف، إلى إقامة نوع من التوازن بين ذمتين ماليتين. ومما لا جدال فيه، في حالة عدم التوقع، ان أحد الفريقين أثرى وأن الفريق الآخر افتقر. وإثراء المدين ليس مع ذلك بلا سبب. وقد حكمت محكمة النقض على هذا النحو: «للإثراء سبب مشروع عندما يكون مصدره عمل قانوني، حتى ولو أبرم بين

(1) Essai sur la théorie de l'imprévision، أطروحة في مونبلييه، 1924.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 76.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولاسيما صفحة 112 وما يليها.

(4) الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 117 وما يليها.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولاسيما صفحة 126.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولاسيما صفحة 134.

من أثرى وشخص آخر»[1]. فالعقد هو مصدر إثراء أحد الفريقين، وهذا السبب يكفي لاستبعاد أي دعوى تعويضية[2]. وهكذا لا يمكن أن يكون عدم التوقع مبنياً على نظرية الإثراء بلا سبب.

313 ـ لا يمكن أن يسوّغ الغلط، وهو عيب في الرضا، نظرية عدم التوقع.

يقدر الغلط المثار، من حيث المبدأ، في يوم إبرام العقد[3]. والحال أن نظرية عدم التوقع تفترض إقامة وزن لاختلال التوازن الاقتصادي الظاهر لاحقاً لالتقاء الإرادتين. ليس إذاً ثمة أي غلط بمعنى المادة 1110 من القانون المدني بسبب عدم توقع تغير الظروف.

إلاّ أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 13 كانون الأول 1983[4]. بأن للضحية الحق في التمسك بالعناصر اللاحقة لتكوين العقد لكي نثبت غلطها مما يدعو إلى الاعتقاد أن الغلط لا يقدر حصراً عند تكوين الاتفاقية. على أن أحد المؤلفين لاحظ أن: «الغلط ينبغي أن يقدر بالنظر إلى الصفات الداخلية والموضوعية للشيء كما كانت موجودة في فترة العقد، وهذه الصفات يمكن على السواء أن تكون محددة عن طريق عناصر سابقة ومعاصرة أو عن طريق العقد»[5]. وفي هذه الرؤية لا يعاد النظر في المبدإ الذي بمقتضاه يجب أن تكون الصفات الموضوعية موجودة بتاريخ العقد. ينتج عن ذلك أن زوال هذه الصفات، أي الظروف التي كانت موجودة في الأصل، لا يمكنه أن يسوغ قبول عدم التوقع في القانون الوضعي على أساس الغلط.

وبإمكان المتقاضين تجنب الصعوبة بالتمسك بأنهم التزموا لاعتقادهم أن الظروف لن تتغير، أو أن توازن العقد لا يمكن أن يحافظ عليه. فيدعون عند ذلك أنهم كانوا ضحايا الغلط. إن استدلالاً كهذا لن يكون فعالاً ذلك بأن الغلط المتمسك به لا يتناول سوى أسباب التسويغ ولا يمكن أن يعاقب على أساس المادة 1110[6]. وإذا ما تم قبول برهنة كهذه فإن بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة يكون قد تم ادخاله مباشرة في قانوننا الوضعي.

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 83، صفحة 64؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، 545، ملاحظة J.MESTRE ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 شباط 1975، النشرة المدنية، III، رقم 77، صفحة 58 ـ النقض المدني في 28 شباط 1939، D.P.1940، 1. 5، تعليق RIPERT.

(2) بالمعنى عنه RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil d'après le traité de Planiol، الجزء II، الموجبات، الحقوق العينية، منشورات L.G.D.J، 1957، رقم 471، صفحة 184.

(3) انظر تكوين العقد رقم 492.

(4) D.1944، صفحة 340، تعليق J.-L.AUBERT: فهرس Defrénois، 1984، صفحة 1317، ملاحظة J.L.AUBERT؛ مجلة قصر العدل، 1984، 1، 156، تعليق J.B.، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، II، 20186، طلبات GULPHE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، 109، ملاحظة Fr.CHABAS.

(5) J.L.AUBERT، التعليق المذكور سابقاً صفحة 343.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 509.

وبالطبع لا يمنع أي نص قانوني على المتعاقدين اعتبار اتفاقهم على الحفاظ على الظروف أو التوازن العقدي الذي أراده في الأصل شرطاً[1]. والغلط، وهو يؤدي إلى بطلان العقد، يشكل العقبة الأخيرة أمام قبوله كأساس لنظرية عدم التوقع. ولا يمكن، من حيث المبدأ، أن يقود إلى تبنيها، مع أن حكماً قديماً أخذ بأن الغلط في طبيعة الأنقاض التي يجب تنفيذها يمكن أن يعاقب بتعديل شروط العقد المالية[2].

II ـ التوفيق بين المبادىء الموجهة للعقد

314 ـ تعبر اعادة النظر في العقد، أو فسخه، عقب حصول اختلال موضوعي للتوازن بين التقديمات المتبادلة، والقانون الوضعي يأمر به، عن البحث عن التوازن بين العادل والمفيد.

للعقد قوة ملزمة لأنه مفيد شرط أن يكون عادلاً[3]. فإذا ما حصل، لاحقاً لالتقاء الإرادتين، إن زال أحد هذين الأساسين، هل يجب أن يحافظ على العقد كما هو؟ بهذه العبارات ينبغي أن تطرح مسألة عدم التوقع، وهكذا بالفعل طرحت تاريخياً. بيد أن الفقه لم يوجه، على وجه العموم، تفكيره إلا إلى أحد هذين الأساسين للقوة الملزمة للعقد، أي عدالة المنفعة الاجتماعية بمضرّة الأساس الثاني وهو المنفعة الاجتماعية. وقد جرى التساؤل، غداة الحرب الكبرى، عما إذا كان من العدل أن يضطلع أحد الفريقين وحده بالعبء الذي يولده اختلال التوازن الاقتصادي. فمبدأ عدالة المعاوضة يستدعي بالطبع جواباً سلبياً. على أن المنفعة الاجتماعية للعقد التي يستنتج منها مبدأ الأمن القانوني ألم تكن تكافح لصالح الحفاظ على الرباط القانوني بدون تعديل؟ لقد أعطت محكمة النقض جواباً إيجابياً على ذلك. ويمكن أن يستنتج معه أن الاختلال الموضوعي للتوازن بين التقديمات الذي يجعل تنفيذ العقد غير عادل لا يحرم العقد بالضرورة من أي منفعة اجتماعية، مما يسوّغ الحفاظ عليه بدون تكييف[4]. إن اختلال التوازن على الأقل، حتى ولو كانت خطورة معينة، لا يكفي لاستبعاد قرينة المنفعة الاجتماعية للعقد وهو عمل توقع. ولا يمكن قلب هذه القرينة.

إن الأمر هنا يتعلق بالمنفعة الاجتماعية وليس بالمنفعة الخاصة التي يتم التوصل إليها باختلال توازن التقديمات. ومن المعروف بالفعل أن المنفعة الخاصة للعقد ليست شرطاً

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 491.

(2) النقض المدني في 27 حزيران 1473، D.74، 1، 332؛ S.73، 1، 330.

(3) انظر تكوين العقد رقم 266 وما يليه.

(4) قارن بـ A.SÉRIAUX, Droit des obligations، منشورات PUF، 1992، رقم 46، الذي يأخذ بأن رد نظرية عدم التوقع مسوّغ بواقع أنه ليس ثمة في الحقيقة أي ظلم لأن «العدالة تأمر فقط بتصحيح المسالك الظالمة إرادياً». والحال أن اختلال التوازن في التقديمات لم يكن يريده المستفيد. ولا يمكن الاقتناع بهذا التحليل الذي يجعل العدل والظلم مرتكزين على الإرادة وحدها. يضاف إلى ذلك أنه ربما كان ظلم «إرادي» في تطلب تنفيذ عقد أصبح مختل التوازن إلى حد كبير.

ضرورياً لصحته[1]. وبالمقابل، عندما يكون التنفيذ مستحيلاً عقب حالة قوة قاهرة لا يعود العقد ممثلاً أي منفعة اجتماعية. وفي هذه الحالة من الظلم جعل المدين يتحمل مخاطر عقد أصبح لا فائدة منه. فالقوة القاهرة، بخلاف عدم التوقع، تدمر كلاً من أساسي قوة العقد الملزمة. بهذه الطريقة يمكن تفسير إقدام محكمة النقض التي تجيز فسخ اتفاقية تنفيذها أصبح مستحيلاً على أن ترفض دائماً قبول تسويغ فسخ العقد أو إعادة النظر فيه بسبب اختلال توازن موضوعي في التقديمات.

إن إعادة النظر في العقد، كما فسخه، عقب اختلال اقتصادي في توازن التقديمات، غير مقبول إلاّ أن يجعل الظلم الذي خلقه العقد غير نافع أو يخشى حرمانه من منفعته الاجتماعية، وهكذا لوحظ أن تدخل المشترع المنتظم بعد الحرب العالمية الأولى، لم يصل إلى هدف إقامة «توازن معين بين التقديمات. فهذه القوانين تستقي استلهامها من ضرورات النظام الاقتصادي»[2]. وهذا التفسير يحلل الحلول التي يتبناها القانون الوضعي.

ولم يخطىء القانون الإداري حول أساس إعادة النظر لعدم التوقع.

وإذا اصطدمت عدالة المعاوضة بحصول اختلال في التوازن فإن استمرارية المرفق العام على وجه الخصوص هي التي تفرض أن تقوم بإغاثة المتعاقد معها وغياب التكافؤ يخشى عندها أن يحرم العقد من منفعته الاجتماعية.

إن القوانين الحديثة في القانون الخاص التي قبلت إعادة النظر في العقد مستلهمة من هذه الأفكار. فالمشترع يستبعد إذاً القرينة التي بمقتضاها لا يعادل غياب التكافؤ عدم منفعة اجتماعية للعقد. ومن المفيد اجتماعياً أن يعاد النظر في عقد من هذا النموذج أو أن يفسخ. وهذا الأمر ينضم إلى عدالة المعاوضة. فحسن النية ليس بالتالي قابلاً لأن يسوّغ وحده إعادة النظر في العقد. غير أن القانون يقيم له وزناً ذلك بأن سوء نية المدين المغبون يشكل دفعاً بعدم سماع الدعوى.

315 ـ تسويغ رفض محاكم القضاء العدلي تقدير تأثير اختلال التوازن في منفعة العقد الاجتماعية.

تعترف أنظمة قانونية أخرى للقاضي بسلطة إعادة النظر المبنية على وجه العموم على مبدإ حسن النية[3]. فهذا المبدأ في عرف السيد Niboyet اخترق الأنظمة القانونية كافةً. فعلى

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 228.

(2) M.M.EL GAMMAL, L'adaptation du contrat aux circonstances économiques, Etude comparée de droit civil français et de droit civil de la république arabe unie، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J 1967، مقدمة A.TUNC، رقم 275، صفحة 157 ـ وبالمعنى عينه NIBOYET, La révision des contrats par le juge, rapport général, Travaux de la semaine internationale de droit، 1937، منشورات Sirey، 1938، صفحة 4، 5.

(3) انظر الرقم 316 اللاحق.

القاضي الفرنسي أن يقيم وزناً بمقتضى المادة 1134 الفقرة 3، من القانون المدني لهذا المبدإ. غير أن هذه الإحالة لا تتيح للقاضي إعادة النظر في العقد. فمفهوم العقد ذاته يتعارض معها. والعقد، في عرف هذا المؤلف، هو «اتفاق إرادتين على موضوع معين. فإذا ما أقدم القاضي على صنع العقد من جديد فلن يكون في الحقيقة هناك عقد وإنما موجب قانوني يأخذ مكان الموجب الذي كان موجوداً. وإذا شئنا ذلك أم لا لن يكون ثمة عقد بدون أن تنبجس شرارة الحياة من التنسيق بين الإرادتين المتلاقيتين»... «فتقنية العقد إذاً هي التي تعارضت في فرنسا مع عدم التوقع حتى الآن، حتى مع وصفها الأساسي ذاته». و«جدة» العقد، بسبب خطورتها، لا تعود إلى المشترع. «إن مبدأ حسن النية إذاً مشابه لذاته أينما وجد، إلا أن من كانت وظيفتهم الاجتماعية تقويم العقود يتغيرون مع تنظيم البلدان، هنا المشترع وهناك القاضي»[1].

وحسب السيد Flour والعميد Aubert إن أساس العقد لا يمنع على القاضي أي سلطة إعادة نظر أكثر مما تمنعه الوظيفة القضائية. فليس لدى القاضي وسائل تحديد التأثير الاقتصادي لإعادة النظر في العقد وليست له سلطة التصرف بالاقتصاد. فسلطة إعادة النظر لا تعود بالتالي إلى كرة صلاحية القاضي[2].

وليس سلطان الإرادة في الحقيقة ولا العجز المزعوم للقاضي تجاه مشاكل اقتصادية هما اللذان يمنعان على المحاكم موضوعياً التدخل في تنفيذ العقد ـ برهن الاجتهاد الإداري، عند الضرورة، ان افتراضاً كهذا يجب استبعاده ـ. وبعضهم يتمسك، إضافة إلى ذلك، بهذا الافتراض لتسويغ وجود حق للشريك في التعاقد «في توازن مالي معين»[3]. إن العقد بالفعل، من جهة أولى، لا يستمد قوته الملزمة من إرادة المتعاقدين وحدها، ومن جهة أخرى لم تتم البرهنة على أن السلطة القضائية ليست لها الصلاحية ولا الوسائل لتقدير تأثير إعادة النظر في الاقتصاد.

يظهر في النهاية أن القاضي العدلي، محكمة النقض بشكل محسوس، في غياب تفويض تشريعي صريح، لم ير من المناسب إعطاء نفسه سلطة تقدير التأثير في منفعة العقد الاجتماعية عند الاعتداء على العدالة العقدية الناتج عن تعديل الظروف الاقتصادية. إن الأمر لا يتعلق في النهاية إلاّ باختيار سياسة قضائية يمكن إعادة النظر فيها، إمّا بتعديل تشريعي أو بإقامة وزن للقوانين الأجنبية.

---

(1) NIBOYET، المرجع عينه، صفحة 11 وصفحة 12.

(2) Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، المذكورين آنفاً، رقم 408، انظر بالنسبة إلى وضع أكثر جذرية أيضاً، المذكورين آنفاً، رقم 619، صفحة 337.

(3) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 446.

الفقرة 2 ـ ملاءمة «بحكم القانون الواجب الأخذ به» لنص ذي مدى عام

316 ـ عدم التوقع في القانون المقارن[1].

يتبنى القانون البلجيكي النظرية الفرنسية ويرد مفهوم عدم التوقع كسبب لتحرير العقد أو تكييفه بدون التفريق بين القانون الخاص والقانون العام[2].

والقانون الألماني (جمهورية ألمانيا الاتحادية سابقاً) المعاصر يقبل التعديل القضائي للعقد من القانون الخاص على أساس النظرية Geschäftsgrundlage[3] التي أعدها في عام 1923 Oertmann وبمقتضاها: «إن الـGeschäftsgrundlage مكوّنة من التصور (Vorstellungen) الذي أقدم عليه الفريقان أمام وجود ظروف معينة على حصولها بنيت عليها الإرادة العقدية. وهي تهدف أيضاً إلى تصور كهذا، خاص بأحد الفريقين وإنما، وقد ظهر لدى إبرام مضمون العمل القانوني، اعترف به الشريك المحتمل في مدلوله الحقيقي ولم يعترض عليه»[4].

ويقود زوال الأساس العقدي (Wegfall der Geshäftsgrundlage) إلى فسخ العقد أو إعادة النظر فيه. ويبني الاجتهاد النظرية التي تطبق على العقود جميعاً[5] على الفقرة 242 B.G.B التي تنص على التنفيذ بحسن نية (Treu und Clauben) للموجبات[6]. وينبغي أن لا ينسب تغير الظروف إلى المدعي[7]؛ بيد أن عدم قابلية توقع الحدث لا يبدو مطلوباً دائماً[8].

ويخضع الاجتهاد تطبيق Geschäftsgrundlage إلى شرط أن تكون الوسيلة الوحيدة لكي يتجنب الفريق نتائج لا تحتمل وغير منسجمة مع القانون والعدالة ولا يمكن، إنصافاً، تركها على عاتقه[9]. وتعديل الظروف أخيراً يجب أن يدخل كرة مخاطر أحد الفريقين[10]. فإذا اجتمعت هذه الشروط يقوم القاضي بتكييف العقد. وفسخ العقد هو الاستثناء ولن يحكم به

---

(1) R.DAVID, L'imprévision dans les droits européens, in Mélanges SAUFFRT, 1974، صفحة 211 وما يليها ـ D.M.PUILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً ـ أعمال الأسبوع الدُولي للقانون 1937، منشورات Sirey، 1958 ـ D.M.PHILIPPE, L'imprévision dans la loi est - allemande relative aux contrats économiques internationaux (1976)، مركز قانون الموجبات في لوفان، الفقه، 80/ 9.

(2) انظر D.-M.PHILIPPE المذكور سابقاً، صفحة 155 وما يليها.

(3) انظر KLOPPE, Évolution comparée de la notion d'imprévision en droit allemand et en droit français، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1969.

(4) D.M.PHLIPPE المذكور سابقاً ـ صفحة 227 ترجمة حرة، التعليق 5.

(5) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 251، وما يليها.

(6) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 249.

(7) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 254 وما يليها.

(8) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 256 وما يليها.

(9) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 260 والتعليق 1.

(10) D.-M. PHILIPPE، المرجع عينه.

إلاّ أن يفقد العقد علة وجوده كلياً[1].

إن للنظرية الألمانية حقل تطبيق أوسع من المذهب الفرنسي لعدم التوقع. فهي ترتبط في الواقع بالهدف العقدي وليس باختلال التوازن المالي وحسب. وقد لوحظ إضافة إلى ذلك أن: «القانون الألماني، المشتهر أنه مناقض للسببية، هو في الحقيقة، في مادتنا، أكثر سببية من القانون الفرنسي، ذلك بأنه يربط، تحت غطاء مصطلح آخر، بمفهوم السبب، الوثيق الاقتران بمفهوم حسن النية، نتيجة كون العقد قد توقف في الحالات التي تقلب الظروف شروط تنفيذه»[2]. وقد كرس التشريع الألماني بالموازاة بعض الفرضيات الخاصة لإعادة النظر في العقد[3]. فإعادة النظر في العقد مثلاً منصوص عليها في الفقرة 60 من قوانين الاتحاد[4].

ويأخذ القانون السويسري بنظرية عدم التوقع كما قدمها الفقه الفرنسي[5]. فيعتبر الاجتهاد ان «تدخل القاضي بناء على طلب أحد الفريقين المستند إلى المادة 2 من القانون المدني خاضع لاختلال التوازن في التقديمات، ثمّ للتغير غير العادي للظروف، بحيث إن قسمة المخاطر المحددة في العقد لا تعود محتملة من قبل أحد الفريقين، وأن بقاء الشريك في التعاقد في إرادة التمسك بحقوقه هو، تجاه ظروف القضية، تعسفي»[6]. وحسن النية هو الذي يصلح كأساس لإعادة النظر في العقد لعدم التوقع. ويأخذ بعض النصوص المبعثرة بإعادة النظر في العقد أو فسخه أيضاً في حالة اختلال التوازن الموضوعي في التقديمات[7].

لم يكن القانوني الإنكليزي في الأصل يأخذ بتحرير المدين، حتى في حالة القوة القاهرة[8]. وانطلاقاً من حكم Taylor ضد Cadwell (1863)[9] قبل الاجتهاد بعض التلطيف

---

(1) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 294 وما يليها.

(2) R.DAVID، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 217.

(3) D.-M. PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 300 وما يليها. والأمر يتعلق بعقد إيجار، وعقد مقاولة، ونفقة معطاة لبعض الأولاد القاصرين، وعقود إدارية، وعقد سفر وعقد عمل.

(4) انظر R.SPARWASSER, Rapport allemand, in Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles، بإدارة R.RODIÈRE وD.TALLON، منشورات Pédone، 1986، صفحة 134، تأليف O.REMIEN.

(5) D.-M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 555 وما يليها ـ C.BESSON, La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances، اطروحة في لوزان، 1955.

(6) المحكمة الفيدرالية، 26 أيلول 1974، وقد استشهد بها وترجمها من الإلمانية D.-M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 556، التعليق1.

(7) على سبيل المثال المادة 373، الفقرة 2، من قانون الموجبات المتعلقة بالصفقة الجزافية تنص على ما يلي: «على أنه، إذا كان تنفيذ العمل قد منعته ظروفات غير عادية يستحيل توقعها أو استبعادها بتوقعات الفريقين، أو أصبح صعباً للغاية بفعلها، فبإمكان القاضي، استناداً إلى سلطته في التقدير، إمّا أن يعطي زيادة على الثمن أو يفسخ العقد». نص استشهد به D.-M.PHILIPPE في أطروحته الآنفة الذكر، صفحة 568.

(8) GUTTERIDGE, La révision des contrats par le juge en droit anglais في Travaux de la semaine internationale de droit, 1937، منشورات Sirey، صفحة 39.

(9) استشهد به GUTTERIDGE، المرجع عينه، D.M.PHILIPPE، المرجع عينه، صفحة 338.

للقاعدة. كانت إحدى القاعات المؤجرة للحفلات الموسيقية قد دمرتها النيران قبل حصول المشهد. فحكمت المحكمة بأن المستأجر يجب إعفاؤه من دفع بدل الإيجار. كان الحكم مبنياً على مبدأ البند الضمني (Implied condition)، إذ يفترض أن الفريقين اتفقا على أن يعفيا من أي مسؤولية في الحالة التي يصبح فيها التنفيذ مستحيلاً بسبب تدمير الشيء. كان ذلك بالفعل الاعتراف بوجود بند الإسناد إلى الحالة التي كانت قائمة. وقد طبق هذا المذهب، وجوهره ذاتي، بعد ذلك في القضايا المعروفة باسم أعمال أمكنة الإنجاز[1]، ثم جرى التخلي عنه[2].

وطبقت أيضاً في القرن التاسع عشر نظرية الحرمان ذات المفهوم الموضوعي. «يجري في بعض الحالات اعتبار تنفيذ خاضعاً لوجود مستمر للشخص وللشيء ولبعض الظروف التي أدت إلى تأخير كبير في تنفيذ العقد»[3]. هناك حرمان ما دام ثمة حصول ظروف جديدة أدت إلى تغير جذري في الموجب العقدي، وبالتالي إلى انحلال الرباط القانوني. على أن اختلال التوازن الاقتصادي في التقديمات لا يشكل حرماناً[4]. فالقانون الإنكليزي يعترف إذاً بنظرية عدم التوقع كما يفهمها المذهب الفرنسي. ويمكن بالتأكيد مقارنة الحرمان بمفهوم القوة القاهرة[5].

وبالمقابل كرس القانون الإيطالي نظرية عدم التوقع. إن المادتين 1467 و1468 من القانون المدني (1942) ينص كل منهما على ما يلي: «إذا كان تقديم أحد الفريقين، في عقود التنفيذ المستمر أو الدوري أو التنفيذ المؤجل، أصبح مكلفاً للغاية عقب حصول أحداث غير عادية وغير قابلة للتوقع، فبإمكان هذا الفريق أن يطلب فسخ العقد المقترن بمفاعيل مذكورة في المادة 1458. ولا يمكن طلب الفسخ إذا كانت الأعباء الجديدة تدخل في الضرر الطبيعي للعقد. وبإمكان الفريق الذي جرى طلب الفسخ ضده تجنبه بعرض منصف لشروط العقد» (المادة 1467). «وإذا تعلق الأمر، في الفرضية المنصوص عليها في المادة السابقة، بعقد اضطلع فيه فريق واحد بالموجبات، فبإمكان هذا الفريق طلب تخفيض التقديم أو تعديل كيفيات التنفيذ الذي يتيح استمرار هذا التنفيذ وفقاً للإنصاف» (المادة 1468)[6]. انه مفهوم الكلفة المفرطة الذي يسوغه المذهب الإيطالي بالإنصاف[7].

وينص القانون المدني اليوناني (1940) أيضاً، في مادته 388، على فسخ العقد أو إعادة النظر فيه عقب تغير الظروف وفقاً لمبدإ حسن النية[8].

---

(1) انظر المؤلفين، المرجع عينه.

(2) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 351.

(3) D.M.PHILIPPE، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 337.

(4) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، صفحة 385 وما يليها.

(5) D.M.PHILIPPE، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 390 وما يليها.

(6) ترجمة D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة، صفحة 406، التعليق 2، وصفحة 407، التعليق 1.

(7) D.M.PHILIPPE، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 415.

(8) انظر R.DAVID, L'imprévision dans les droits européens, Mélanges JAUFFRET، 1974، صفحة 219.

والمادة 437 من القانون المدني البرتغالي (1966) تتضمن نصاً مماثلاً[1].

واعترف القانون المدني المصري لعام 1948، بالطريقة عينها، بنظرية عدم التوقع. وينص في مادته 147 على ما يلي: «العقد شريعة المتعاقدين. ولا يمكن الرجوع عنه أو تعديله إلاّ برضاهما المتبادل أو لأسباب ينص عليها القانون. غير أنه، عندما يصبح تنفيذ الموجب العقدي، عقب أحداث استثنائية غير قابلة للتوقع ولها طابع عام، مكلفاً للغاية بدون أن يكون مستحيلاً بحيث يهدد المدين بخسارة غير مألوفة، بإمكان القاضي، حسب الظروف وبعد إقامة وزن لمصالح الفريقين، تعديل الموجب بمقدار معقول بعد أن أصبح مفرطاً. وكل اتفاقية مخالفة هي باطلة»[2].

وينص القانون المدني الهولندي الذي أصبح نافذاً في أول كانون الثاني 1992 على تبني مبدأ عام لإعادة النظر في العقود لعلة لعدم التوقع[3].

وتبين الدراسة حتى المختصرة للقانون المقارن أن العديد من الأنظمة القانونية يقبل مبدأ تعديل العقد أو فسخه لسبب غير حالة القوة القاهرة. ولا يبدو أن هذا الحل المبني عموماً على مبدإ حسن النية في تنفيذ العقد كان له مفاعيل ضارة في الاقتصاد على وجه العموم. وبيّن السيد David أن أمن التجارة لا يبدو في خطر: «هل أن نمو المجتمع وتقدمه يتطلبان رد نظرية عدم التوقع؟ يمكن الشك في ذلك تماماً عندما نرى أن الدول الأكثر تقدماً على صعيد التجارة والصناعة ـ المملكة المتحدة وألمانيا والولايات المتحدة الأميركية ـ أخذت، بدون نتائج مشؤومة ظاهرياً، بهذه النظرية أو بنظريات قريبة منها»[4].

317 ـ الاعتراف بنظرية عدم التوقع ضروري أياً كانت الانتقادات التي يمكن توجيهها إليها.

طرح أحد المؤلفين الذي رفض أي إسناد إلى الإنصاف مسألة عدم التوقع بهذه العبارات: «هل من الضروري في الوضع الحالي لنصوصنا إدخال نظرية عدم التوقع كمبدإ أساسي لتشريعنا، أم على العكس ردها باعتبارها مناقضة لمبادئنا الأساسية في مدوّنة القانون المدني، وترك عناية فرضها للمشترع بنصوص قانونية كما سبق أن فعل ذلك خلال حرب 1914 ـ 1918 عندما دعت الحاجة إلى ذلك»[5]. وخلص، بعد دراسة القانون المقارن، في

(1) R.DAVID، المذكور آنفاً، صفحة 220.

(2) نص استشهد به MOHAMED A.G في La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1957، صفحة 406.

(3) انظر A.J.O. Baron VAN WASSENAER, Rapport Pays-Bas, in Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles, بإدارة R.RODIÈRE و D.TALLON، منشورات Pédone، 1986، صفحة 71 وما يليها.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 213.

(5) C.M.POPESCU, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé، أطروحة في باريس، 1937، صفحة 5.

عام 1937، إلى أنه من الخطر إدخال مبدإ عام لعدم التوقع إذ يخشى أن يوصل إلى تدمير استقرار الاتفاقيات وإلى تعسف القاضي[1].

من المسموح به التفكير في أن هذه الخلاصة لا تفرض نفسها اليوم. إن الإقامة القريبة لسوق أوروبية وحيدة (معاهدة روما في 25 آذار 1957 المعدّلة بالمعاهدة الأوروبية الوحيدة بتاريخي 17 و28 شباط 1986) ستفرض بالضرورة التنسيق، حتى النسبي، بين التشريعات الوطنية في مجال العقود لكي يجد كل فاعل اقتصادي نفسه في ظروف تنافسية متكافئة.

ويكفي إيراد مثال للاقتناع بذلك. إن القانون الألماني يعترف بمبدأ إعادة النظر في العقود. فبإمكان الصناعي إذاً، ضمن بعض الشروط، الحصول على إعادة نظر لعقود التوريد التي أبرمها، فيتجنب هكذا خسارات استثمار لا قِبَلَ له باحتمالها. وبالعكس سيكون الصناعي الفرنسي ملزماً، عند الاقتضاء، بالخراب لتنفيذ موجباته. وهكذا يجعل الرفض المعلن لتكييف العقد الصناعي الفرنسي في وضع سيّىء واضح. إن سوقاً تنافسية حقيقية تفترض إذاً تنسيقاً معيناً، فقواعد اللعبة يجب أن تكون ذاتها بالنسبة إلى الفاعلين كافةً.

وينبغي بيان أن معظم الدول الأوروبية تأخذ، مع بعض البديلات، بنظرية عدم التوقع. فاعتراف القانون الفرنسي، في هذا الوضع، ببعض التأهيل لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ضرورة أكيدة. فإعادة النظر في العقد، أو تكييفه، المأمولة خلقياً أصبحت لا غنى عنها اقتصادياً. إن منفعة العقد الاجتماعية تأمر بأن يقام وزن في القانون الفرنسي لاختلال مفرط في توازن التقديمات المكوّن ظلماً خطيراً جداً. على أن إعادة النظر في العقد أو فسخه ينبغي عدم الأخذ بهما، على غرار الشريعات الأجنبية، إلا استثنائياً. يجب، كأي استثناء، أن يكون ذلك ضيقاً في المجال القانوني.

---

(1) C.M.POPESCU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 219. وبالمعنى عينه R.CAPITANT المذكور آنفاً، صفحة 318 الذي يرى أن تدخلاً منتظماً للمشترع هو الأفضل.

الباب II

مجال مفاعيل العقد

318 ـ في سبيل تحديد مجال مفاعيل العقد، بعد فصل تمهيدي قدم بعض التفريقات الجوهرية، سيكرس بابان فرعيان لحجية العقد ونسبية الرباط الملزم.

الفصل التمهيدي

عموميات[1]

319 ـ نصوص مدوّنة القانون المدني والمفعول النسبي للعقد.

النص الأساسي هو المادة 1165: «ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين الفريقين المتعاقدين؛ وهي لا تضر الغير على الإطلاق ولا تفيده إلاّ في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121». وهذا النص الذي يطرح مبدأ المفعول النسبي للعقد[2] تكمله المواد 1119 إلى 1122.

بمقتضى المادة 1119: «لا يمكن، عموماً، الالتزام ولا الاشتراط بالاسم الخاص إلاّ لصالح من الاشترط». وهذا النص يكرس بالصيغة «باسمه الخاص» إمكانية الالتزام أو

---

(1) S.GHESTIN, Introduction, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belge، بإدارة M.FONTAINE، L.G.D.J. 1932 صفحة 1 وما يليها.

(2) A.WEILL, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، مقدمة M.-NAST ـ S.GALASTRENG, La relativité des conventions، أطروحة في تولوز 1939، مقدمة G.MARTY ـ J.M.AUSSEL, Essai sur la notion de tiers en droit civil français، أطروحة في مونبيلييه 1951 ـ. J.L.GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، L.G.D.J 1981، مقدمة H.BATIFFOL ـ B.TEYSSIÉ, Les groupes de contrat، أطروحة في مونبلييه 1975 L.G.D.J مقدمة J.M.MOUSSERON ـ. Y.FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé، أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1977 ـ F.BERTRAND Essai sur l'opposabilité des contrats, aux tiers أطروحة في باريس II مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1979. J.DUCLOS, L'opposabilité, Essai d'une théorie générale, L.G.D.J, 1984، مقدمة D.MARTIN. GEMEL, L'opposabilité du contrat, Etude comparée de droit francais et égyptien، أطروحة في باريس I، طبع على الآلة الكاتبة، 1987 ـ Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes أطروحة في بوردو، طبع على الآلة الكاتبة، 1968 ـ L.AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في باريس II، منشورات Economica، 1984، مقدمة P.CATALA.- J.NÉRET Les sous - contrat، أطروحة في باريس II، 1979، L.G.D.J.، مقدمة P.CATALA. M.STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في ستراسبورغ، L.G.D.J، 1982، مقدمة D.HUET-WEILLER.

الاشراط لمصلحة الغير بالاسم الخاص، أي لحساب الغير. إنها الإمكانية التقليدية اليوم للتمثيل، وفيها يتصرف الممثِّل عادة باسمه ولحساب الممثَّل بحيث أن مفاعيل العقد تتحقق مباشرة في ذمة الممثَّل المالية[1].

وتنص المادة 1120 «على أنه يمكن التعهد بالحصول على موافقة الغير بالوعد بفعل هذا الغير، ما عدا التعويض ضد من تعهد بالحصول على موافقة الغير أو وعد بجعله يصادق، إذا رفض الغير القيام بالتعهد». ورغماً عن عبارة «على أنه» الواردة في النص، فإن هذا النص لا يتضمن استثناء حقيقياً للقاعدة المبدئية التي طرحتها المادة 1119. فبإمكان الغير أن يرفض الالتزام بتعهد من تعهد بالحصول على موافقة الغير؛ فهو في الواقع غير ملتزم إلا إذا أراد ذلك. والتعهد الأولي لا يربط إلاّ الفرقاء المتعاقدين المستفيدين من تعهد الحصول على موافقة الغير الواعدة. والخاصية الوحيدة لهذا التعهد المعاقب صراحة في حد ذاته بالتعويض هي أن موضوعها التعهد اللاحق لشخص ثالث بإعطاء شيء ما أو بفعل شيء أو عدم فعله.

وتجيز المادة 1121 الاشتراط لمصلحة الغير بهذه العبارات: «يمكن بالمثل الاشتراط لصالح الغير عندما يكون هذا الاشتراط شرطاً لاشتراط يريده الشخص لنفسه أو لتقديم هبة تتم لشخص آخر. ومن أقدم على هذا الاشتراط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير إرادة الاستفادة منه». ولا يستفيد الغير هنا أيضاً من الاشتراط الحاصل لصالحه إلا أن يريد ذلك. لن يصبح دائناً رغماً عنه. يضاف إلى ذلك أن إعلان إرادة الاستفادة من الاشتراط وحدها تمنع المشترط من الرجوع عن الاشتراط. والواعد أخيراً قبل منذ الاساس الالتزام لصالح الغير المستفيد.

ليس هناك إذاً في هذين النصين استثناء حقيقي للمبدإ الذي بمقتضاه ليس في وسع الغير الاستفادة من الاشتراط أو الالتزام بدون موافقة إمّا من قبله هو أو بواسطة من يمثله.

وبموجب المادة 1122 أخيراً «من المفترض أن يكون الالتزام للذات أو للورثة أو للخلفاء إلاّ أن يتم التعبير عن العكس أو أن ينتج ذلك عن طبيعة الاتفاقية». إن النص لا يحدد ما إذا كان الخلفاء الذين يقصدهم هم فقط الخلفاء بصفة كلية، أي الورثة عملياً، والخلفاء بصفة خاصة، وهم المستفيدون من إيصاء بكامل الشركة أو بقسم منها، أم أنه يطبق أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة، أي الذين يملكون الحق من المشترط سلفهم، كمكتسب ملكية مال منقول أو غير منقول، أو المستفيد من إيصاء خاص يتناول مالاً محدداً. إن ذلك، كما سنرى، مصدر العديد من صعوبات تفسير هذين النصين.

والصعوبة الرئيسية هي التحديد الصحيح للفرقاء أو الغير، إنه التفريق المرتكز عليه كلياً. إنما ينبغي كذلك تحديد معنى التعبيرين أضرّ واستفاد الواردين في المادة 1165 وكذلك كلمة اشترط.

---

(1) Ch.LARROUMET، الموجبات، رقم 42.

320 ـ استنتج الفقه الأكثر تقليداً مبدأ المفعول النسبي للعقد من مذهب سلطان الإرادة.

إن المفعول النسبي للعقد الذي تعبر عنه المادة 1165 من القانون المدني، كما بينت أطروحة السيد Gounot، هو مع الحرية العقدية والقوة الملزمة للعقد» اللازمة الثالثة المنطقية لمبدأ سلطان الإرادة[1]. «ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين الفريقين المتعاقدين. . .». فليس في وسعها أن تضرّ بالغير أو أن تفيده، ذلك بأن هذا الغير لا يمكن أن يتلقى مفاعيل قانونية لم يكن قد أرادها[2].

ويحدد مبدأ سلطان الإرادة مفاعيل العقد بالفريقين ذاتهما[3]. وبالفعل لا يستطيع الفرد أن يُلزم إلاّ نفسه. واستنتج العديد من المؤلفين مباشرة المفعول النسبي للعقد من مبدإ سلطان الإرادة.

«يستنتج هذا المبدأ بصورة طبيعية جداً من تحليل العقد. وبما أن العقد يستمد قوته من إرادة المتعاقدين، فمن الطبيعي أن لا ينتج هذا المفعول الملزم إلاّ تجاه الفريقين اللذين أرادا هذه المفاعيل القانونية، وأن لا تطال هذه المفاعيل الأشخاص الثالثين الذين، افتراضياً، لم يكونوا قد أرادوها. إن نسبية المفعول الملزم للعقد منسجمة مع المذهب الفرداني لسلطان الإرادة»[4].

«تتموضع المادة 1165 في توجّه سلطان الإرادة: الفرقاء أسياد، غير أنهم ليسوا كذلك إلاّ على أنفسهم»[5]. «مبدإ المفعول النسبي للعقود نتيجة لمبدإ سلطان الإرادة. نلتزم عقدياً أو نكون دائنين نقدياً لأننا أردنا ذلك. إنها قاعدة بداتية من الحس السليم وهي في الوقت عينه حماية ضرورية لحرية من هم أهل للحق. والأنظمة القانونية جميعاً أخذت بمبدإ نسبية الاتفاقيات إلى درجة أنه يمكن الاعتبار أن الأمر يتعلق بمبدإ شمولي»[6].

يستنتج من ذلك أن العقد لا يمكن أن يكون له مفعول إلاّ تجاه الفرقاء المتعاقدين، أي

---

(1) انظر G.MORIN, La désagrégation de la théorie contractuelle du code civil، محفوظات فلسفة القانون، 1949، صفحة 7 وما يليها، ولا سيما صفحة 8.

(2) إضافة إلى: Ch. BEUDANT, Le droit indéviduel et l'État 1891، صفحة 146،، رقم 91 ـ 2. ـ تعليق 71، صفحة E.GOUNOT, Le principe de l'outonomie de la volonté، B.TEYSSIE, Les groupes de contrat، أطروحة في مونبيلييه، 1975، صفحة 27، رقم 58.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 50.

(4) G.MARTY et P.RAYNAUD, Obligations، الجزء I، الطبعة الثانية، 1988، رقم 260.

(5) S.FLOUR et J.L.AUBERT, Obligations، المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 419. وكتب السيد Aubert، في الطبعة السادسة من المؤلف عينه، رقم 430، بصيغة الماضي: «كان من السهل بيان أن القاعدة التي طرحتها المادة 1165 من القانون المدني تندرج تماماً في منطق سلطان الإرادة؛ المتعاقدون أسياد، غير أنهم ليسوا كذلك إلاّ على أنفسهم». وأضاف، وقد بدا أنه يستبعد سيادة إرادة الفرقاء لصالح الصلاحية المعطاة لهم، «إن السلطة القانونية المزودة بها الإرادات الفردية لا يمكن أن تتجاوز كرة المتعاقدين وحدهم».

(6) Ch. LARROUMET, Obligations، رقم 742، وبالمعنى عينه رقم 775.

الأشخاص الذين أبرموه[1].

321 ـ المنشأ التاريخي للمبدإ يقود إلى رأي مختلف.

«تبرهن دراسة المنشأ الروماني لنسبية الاتفاقيات على أن ثمة حيلة ما في تقديمه كمحصّلة لا مفر منها لنظرية عامة للعقد. إنها تلجأ بالأحرى إلى العيب التقني لقانون الموجبات في بداياته، وإلى صلابة الإواليات العقدية»[2].

إن صيغة المادة 1165 من القانون المدني مستلهمة مباشرة من القول اللاتيني المأثور العقود المبرمة من قبل بعضهم لا يمكن أن تضرّ بالآخرين أو تفيدهم alios acta alüs neque nocere, neque prodesse potest. بيد أن القاعدة بموجب هذا التعبير ليست رومانية في الأصل. فقد وضعها الشارحون بعد ذلك، إذ لم يكن القانون الروماني يستخدم قواعد ذات مدى عام مفضلاً اللجوء إلى حلول حسب كل حالة[3].

وتستنتج نسبية مفاعيل العقد في القانون الروماني أولاً من طبيعة الرباط الملزم الشخصي إلى حد كبير إلى درجة أن مبدأ عدم قابلية حوالة الموجبات بين الأحياء، رغماً عن سيئاته العملية، لم يتم التخلي عنه أبداً. وفي القانون الروماني القديم كانت العقود تبرم بين أشخاص يعرفون بعضهم. وكانت صفات الفريقين عناصر حاسمة. وكان الرباط الذي يخضع المدين للدائن Le vinculum juris، قوياً جداً طالما أن سيطرة الدائن تمارس على جسد المدين.

وتستنتج نسبية العقد أيضاً من الشروط الشكلية لتكوينه. وكان بإمكان الأشخاص الذين شاركوا شخصياً في الأشكال المكوّنة للرباط الملزم وحدهم أن يكونوا مرتبطين. ولم يكن من الممكن أن تكون لتبادل الأقوال الشعائرية للاشتراط، بصورة خاصة، فعالية إلاّ تجاه الذين تفوهوا بها. ومن هنا الصيغة التقليدية: لا يستطيع أحد أن يشترط لمصلحة الغير

---

(1) G.MARTY et P.RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، رقم 262، والفرقاء في عرفهما «هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أي الذين أبدوا هم أنفسهم رضاهم أو كانوا ممثلين لإبرامه» ـ J. FLOUR et J.L.AUBERT, Obligations، المجلد 1، رقم 433، وفي عرض «الفرقاء هم الأشخاص الذين أبرموا العقد» ـ A.WEILL et F.TERRÉ, Obligations، الطبعة الرابعة، رقم 503، العقد في رأيهما «لا يمكن أن يكون له مفعول إلاّ تجاه الفرقاء، أي الأفراد أنفسهم اللذين أرادوه». وفي الطبعة الخامسة للمؤلف عينه لعام 1993، لاحظ M.TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، في الصفحة 460، إنه «مع تراجع نظرية سلطان الإرادة بقي مبدأ المفعول النسبي للاتفاقيات متماسكاً، إلاّ أنه فقد طابعه المطلق، وبما أن العقد يرتكز على توافق الإرادات، فمن الطبيعي أن يتمسك به، من حيث المبدأ، من وافقوا عليه. بيد أنه، ما دامت القوة الملزمة للعقد ليست آتية من الوعد وإنما من القيمة التي يربطها القانون بالوعد، يمكن الأخذ تماماً بأن المشترع، حتى الاجتهاد، يقرر، لإرضاء هذا الأمر أو ذاك، توسيع حلقة الأشخاص الملزمين إلى أبعد من الذين أبرموا العقد».

(2) Y.FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 20.

(3) انظر S.CALASTRENG، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 5 ـ A.WEILL الأطروحة السالفة الذكر، رقم 19 ـ Y.FLOUR، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 16.

(alteri nemo stipulari). ينتج عن ذلك أنه لا يمكن أن يكون ثمة اشتراط لمصلحة الغير، حتى تمثيل صحيح. على أنه إذا كان من الصحيح أن وضع شخص ثالث لا يمكن في القانون الروماني التقليدي أن يتفاقم، فإن الممارسة، بالمقابل، تتيح تحسين وضعه، حتى بدون علمه.

بيد أن شخصنة العلاقات العقدية هذه كانت مخففة مدة طويلة بالبنية العائلية التي تضع جميع أشخاص العائلة الواحدة بالمعنى الواسع، بمن فيهم الأرقاء، تحت سلطة رئيس العائلة التي كانت تشكل أهلاً واحداً للحق يجري فيه تمثيل متبادل حقيقي[1].

وقد قاد تطور القانون الروماني، المتميز بإقامة بنيات عائلية بالموازاة مع تخفيف الشكلية وشخصنة الرباط الملزم، إلى قبول توسيع مجال المفاعيل الملزمة للعقد بمقدار ما يكون هذا العقد قد أراده الفريقان وضرورياً لتحقيق النتيجة الملموسة المنشودة. ويعتبر الموجب كقيمة من الذمة المالية قابلة للانتقال، وإن كان ذلك دائماً بأساليب ملتوية ولكنها تشير نحو الكمال.

وقاعدة لا يستطيع أحد أن يشرط لمصلحة الغير بقيت حتى أنها تعممت في مجموعة جوستينيان إذ أصبحت المشابه الصنعي إلى حد ما للمبدإ المنازع فيه وبمقتضاه لا يمكن أن يفاقم وضع شخص ثالث بدون أن يوافق على ذلك. «وهكذا أظهر مبدأ نسبية الاتفاقيات في سفحيهما الفاعل والمنفعل. بيد أن منطق هذا البناء ظاهري بحت. وكان بالإمكان الكلام على تسويغ كسراب»[2]. وبقيت قاعدة لا يستطيع أحد أن يشترط لمصلحة الغير «راسخة طيلة قرون على أساس شفهي صرف»[3]. ولكنها لم تستمر إلاّ «لأنه تم إيجاد العديد من الوسائل مبكراً لتوجيهها بحيث أنه، وقد جرى تجريدها من نتائجها الأكثر ازعاجاً، أصبح من الممكن الإبقاء عليها بدون سيئاتها»[4].

وشاهد القرن الوسيط العودة إلى الشكلية وشخصنة الرباط الملزم مع نتائجه: عدم قابلية انتقال الموجبات وردّ التمثيل.

ويعبّر عن الانطلاقة الجديدة للعلاقات العقدية ابتداء من القرن الثاني عشر ونهضة القانون الروماني بتيارين مزدوجين.

---

(1) انظر بصورة خاصة E.LAMBERT, La stipulation pour autrui أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني، الفقرة 1، وما يليها - CHAMPEAU, La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني، صفحة 12 - 66، ولا سيما صفحة 75 وما يليها - PETIT, Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، رقم 304، صفحة 313 وصفحة 314.

(2) Y.FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 19، مستشهداً بـ CORNIL, historique de la règle alteri nemo stipulari potest, Studi Riccobono، 1935، الجزء 4، صفحة 252.

(3) CORNIL، المرجع عينه، صفحة 252.

(4) Y.FLOUR، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 19، مستشهداً بـ CORNIL المذكور سابقاً، صفحة 252. - انظر الرقم 603 اللاحق، مختلف الأساليب التي استخدمها القانون الروماني لتخفيف تحظير الاشتراطات لمصلحة الغير.

فقد تحررت الممارسة العرفية من اعتراضات الاختصاصيين في القانون الروماني لكي يتم منذ القرن الثالث عشر قبول التمثيل والانتقال الإرثي والديون (له) والديون (عليه). واصبحت حوالة الحق بين الأحياء مقبولة في الفترة عينها مع التحفظ الوحيد في تبليغ المدين المحال عليه. وكان الاشتراط لمصلحة الغير، على وجه الخصوص، منظوراً إليه بحظوة ومستعملاً بشكل متواتر منذ القرن الرابع عشر في نظام المصالح العائلية.

بيد أن القانون العالم، بالموازاة، ولاسيما Cujas، في القرن الرابع عشر، بقي مرتبطاً بالتقليد الروماني. وقد تمسّك القانونيون الكنسيون، رغماً عن عملهم لصالح الاعتراف بالتوافقية، ببطلان الاشتراطات لمصلحة الغير المخفف فقط بموجب خلقي للواعد تجاه الأشخاص الثالثين.

واستعاد Domat في النهاية، المبدأ الروماني للمفعول النسبي للعقود، وإنما بمفهوم إرادوي للعمل القانوني: «بما أن الاتفاقيات تتكون عن طريق الرضا فلا أحد يستطيع أن يجعلها تسري على شخص آخر إذا لم يتلقّ السلطة منه. ويمكن أيضاً إحداث الضرر بدرجة أقل في اتفاقيات لأشخاص «ثالثين»[(1)]. واستمر Pothier، بعد أن وصف إوالية حوالة الحق التي أعدها العرف في رفض الإمكانية النظرية لهذا الانتقال[(2)]. «إن عقلية القانون العالِم تتغلب على التجريبية للقانون العرفي» وجعلت قاعدة «العقود المبرمة من قبل بعضهم لا يمكن أن تضر بالآخرين أو تفيدهم» تنتصر[(3)].

322 ـ إرشادات القانون المقارن.

«تتقاطع إرشادات القانون المقارن، من وجهات نظر عديدة، مع إرشادات التاريخ وتقود إلى النسبوية عينها. قد يكون ثمة استغراب بالفعل لعمومية مبدإ المفعول النسبي للعقود. بيد أن الأنظمة القانونية المختلفة توفّر تحاليل مختلفة ولا تستخرج منها نتائج متماثلة»[(4)].

ويستنتج القانون العرفي الإنكليزي Common law نسبية مفاعيل العقد من معطيات تقنية صرف، فالقانون لا يقبل معاقبة التعهدات العقدية إلا أن تكون محتوية اعتباراً ما يجب أن يكون بالضرورة قد قدّمه المشترط وتلقّاه المدين. وتنتج عن ذلك، للوهلة الأولى، نسبية عقود ذات صرامة مجهولة منذ وقت طويل من القانون الفرنسي. إلا أن تقهقر مذهب الاعتبار قاد القانونيين الإنكليز إلى مناقشة خصوصية مستلهمة من المذهب القاري. على أن التجريبية والذّمامة التقليدية للقانون الإنكليزي أعطيتا هذا المبدأ مرونة مدهشة تصحح السيئات فيه.

---

(1) Les lois civiles dans leur ordre naturel، الكتاب I، الباب I، القسم II، 3.

(2) Traité des obligations، الأرقام 551 إلى 569.

(3) Y.FLOUR، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 23.

(4) Y.FLOUR، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 24 والأرقام 25 إلى 31، تحليل القوانين الانجلوأميركية؛ الأرقام 32 إلى 35، تحليل القانونين الألماني والسويسري.

وقد تخلّى القانون الأمريكي، انطلاقاً من معطيات مماثلة، بلا قيد ولا شرط، عن الخصوصية «بتكريس مبدإ عام لصحة العقود المتكوّنة عقدياً لصالح الغير، بشرط وحيد أن تكون نيّة المشترط أكيدة بما فيه الكفاية»[1].

ويأخذ القانون الألماني[2]، الـ BGB، بصحة الاشتراطات لصالح الغير مع التحفظ الوحيد، كما في الاجتهاد الفرنسي، لجهة مصلحة المشترط[3]. كما أخذ الاجتهاد الألماني بتوسيع مجال إرادة الفريقين عن طريق تفسير تصالحي للإرادة المفترضة الوهمية في الغالب[4].

إلا أن استخدام الاشتراط لمصلحة الغير جعله المفهوم الحصري جداً الذي تبنته القوانين الألمانية والسويسرية بالنسبة إلى حجيّة الأوضاع القانونية الناشئة عن العقد ضرورياً بشكل خاص. وليس التمثيل المسيء للعقد الذي يسبب ضرراً لشخص ثالث، ما عدا وجود قانون خاص، مصدر مسؤولية تقصيرية. إنها مسؤولية عقدية ينبغي أن تثار انطلاقاً من اشتراط ضمني لمصلحة الغير. وبالعكس ليس في وسع الشخص الثالث الذي يجعل تنفيذ موجب عقدي مستحيلاً عن قصد أن يتحمل المسؤولية إلا استثنائياً وعلى أساس تواطؤ غشي حقيقي. ولا تفترق نسبية المفعول الملزم للعقد عن حجيته كوضع قانوني[5].

«تبيّن دراسة التاريخ ودراسة القانون المقارن أن الاستقرار الظاهري لنسبية الاتفاقيات تتلاءم تناقضياً مع الأنظمة الأكثر اختلافاً. إنه يندمج في قانون معين تسيطر عليه التجريبية كما أنه مبني وفقاً للنهج الأكثر مذهبية. فتارة تتخذ مرتكزاً المبدأ التوافقي وطوراً تنجم عن صلابة الإراليات العقدية. يمكن بالتالي إبداء نوع من الشكوكية تجاه التسويغات العقلية المّدعى تقديمها»[6].

إن الأمر في الحقيقة يتعلق دائماً بتسوية تجريبية إلى حد ما بين ملاءمة درجة معينة من استقلال الأفراد وضرورة الأخذ في الحسبان الدور الذي تقوم به العقود في النسيج الاجتماعي. والقانون الموضوعي الذي يعاقب العقد بسبب منفعته الاجتماعية كأداة للتوقعات الفردية يطرح، من حيث المبدأ، إن كل واحد يهتم بقضاياه الخاصة بدلاً من قضايا الغير. بيد أنه، استناداً إلى هذه المنفعة الاجتماعية، ينقاد أيضاً إلى الأخذ في الحسبان الدور الأساسي للعقد في التبادلات الهادفة إلى تحقيق غايات معقدة إلى حدّ ما حسب المجتمعات والعصور.

---

(1) CORBIN, A comprehensive treatise on the rules of the contract law، الجزء IV، الفقرة 773 وما يليها، مستشهداً بـ Y.FLOUR، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 30.

(2) A.RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand، أطروحة في ستراسبورغ، منشورات L.G.D.J، مقدمة R.PERROT، صفحة 488، وما يليها.

(3) A.RIEG، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 468.

(4) A.RIEG، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 471.

(5) A.RIEG، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 485.

(6) Y.FLOUR، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 36.

323 ـ تطور القانون الوضعي.

يضاعف التقسيم العصري لعمليات الإنتاج والبناء والتوزيع المتدخلين والعقود في الوقت عينه. فالمهندس المعماري والمهندس المستشار والمقاول والمقاول من الباطن ومورّدو المعدات مثلاً لا يرتبط بعضهم ببعضهم الآخر إلاّ بعقود متميزة. فمبدأ نسبية العقود إذاً يقود إلى تعامل هؤلاء المتدخلين المختلفين، سواء في شأن المسؤولية أو دفع الثمن، كأشخاص ثالثين بعضهم بالنسبة إلى بعضهم الآخر، بيد أنه من الصعب غض النظر كلياً عن أن مجموعة العقود المبرمة كانت لتحقيق عملية اقتصادية واحدة وعن أن نوعاً من التضامن لا يمكن إلاّ أن يوجد بين مختلف المشاركين.

وكان بالإمكان «ملاحظة أن الإنماء المعاصر وسع النتائج القانونية للعقود بحصر المعنى تجاه الأشخاص الثالثين»[1]. وأن «فكرة كون شركة تنشأ عن مجموعة علاقات بيفردية... لم يعد من الممكن الأخذ بها»[2].

وانتشار التمثيل، ولا سيما في عمل الأشخاص المعنويين (أو الاعتباريين)، أي انتشار الاشتراط لمصلحة الغير، وكذلك النقل الآلي للديون (له) والديون (عليه) لخلفاء عاديين بصفة خاصة، تعهد عدم المنافسة لشاري مؤسسة تجارية مثلاً، قلصت بشكل ملموس مدى مبدإ المفعول النسبي للعقود.

فإبرام العقود الجماعية[3]، أولاً في علاقات العمل، ثم في مجالات أخرى ولا سيما بين منتجي المنتجات الزراعية ومستعمليها، بين المؤجرين والمستأجرين مع قانون quillet في 22 حزيران 1982، وبمقياس أقل قانون Méhaignerie بتاريخ 23 كانون الأول 1986[4] المعدل بالقانون رقم 89 ـ 462 في 6 تموز 1989 أو بين مهنيين ومستهلكين[5]، دحض تطبيقها على غير أعضاء تجمعات موقِّعين، وامتدادها عن طريق نظامية إلى المهنة المعنية بكاملها أو إلى قسم منها[6]، أيضاً هذا المفعول النسبي[7].

---

(1) H.BATIFFOL, La «crise du contrat» et sa portée مجفوظات فلسفة القانون، 1968، صفحة 27.

(2) A.BATIFFOL، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 19.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 179 وما يليه.

(4) انظر F.ZÉNATI، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 166 وصفحة 167.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 181.

(6) انظر تكوين العقد، الأرقام 87 إلى 89، بالإضافة إلى Ph. LANGLOIS,.Contrat individuel de travail et conventions collectives: un nouveau cas de représentation، القانون الاجتماعي، 1975، صفحة 283 وما يليها.

(7) انظر J.MESTRE, L'évolution du contrat en droit privé francais, in L'évolution contemporaine du droit des contrats: يوميات René SAVATIER، منشورات PUF، 1986، صفحة 59. ـ M.CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale des contrats et les créations récentes de la pratique commericale, in Mélanges dédiées à Gabriel MARTY، 1978، صفحة 247، رقم 19.

وبالموازاة ومع إنشاء ديون (له) وديون (عليه) عن طريق العقد، جرت إقامة وزن لهذا العقد أكثر فأكثر بكونه واقعة اجتماعية. إن تأثير العقود في ملاءة شخص ما يسوّغ بالتأكيد منذ مدة طويلة حماية خاصة لدائنيه تجسدها الدعوى البوليانية أو البولصية، وعدم فعالية بعض العقود في الإجراء الجماعي للإفلاس. إلاّ أن الاجتهاد اليوم، أمام تعقيد العلاقات العقدية، يقبل، بصورة عامة، أن العقود والأوضاع القانونية، بكونها وقائع اجتماعية، يمكن أن يحتج بها الفريقان ضد الأشخاص الثالثين، حتى أن يحتج بها الأشخاص الثالثون ضد الفريقين.

وقد عبّر عن هذا التطور على الصعيد التقني تحليل أدق لمدى مبدإ المفعول النسبي للعقد تناول، من جهة أولى، مفاعيل العقد، ومن جهة ثانية التفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين. ينبغي أولاً تقديم التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجية الوضع القانوني الذي هو مصدره، ثم التفريق بين الفرقاء والأشخاص الثالثين.

القسم 1

التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجية الوضع القانوني الذي هو مصدره

324 ـ مخطط التفريق[1].

بمقتضى المادة 1165 من القانون المدني «ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين الفريقين المتعاقدين، وهي لا تضرّ بالأشخاص الثالثين ولا تفيدهم إلاّ في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121». أعطي تفسير أول في هذا النص لكلمتي «أضرّ» و«أفاد» معنى واسعاً للأضرار والأرباح التي يمكن أن يسببها العقد. وعلى هذا الشكل فهم الاجتهاد والفقه، خلال قسم كبير من القرن التاسع عشر، مدى هذا النص اللذان استنتجا منه أن العقد لا يمكن أن يكون له أي مفعول من أي نوع كان تجاه أشخاص آخرين غير الفريقين المتعاقدين[2].

غير أن الغرفة المدنية في محكمة النقض، منذ 22 حزيران 1864[3]، طرحت، استناداً إلى المادة 711 من القانون المدني، المبدأ التالي: «إن العقود التي تصلح كسند وبيّنة (على الملكية) هي العقود التي أبرمت بين مكتسب الملكية والبائع. وسيبقى حق الملكية مهتزاً دائماً إذا كانت العقود الهادفة إلى إثباته لم تكن لها قيمة إلاّ تجاه أشخاص كانوا فيها فرقاء». بعد ذلك أعلنت غرفة العرائض في 20 شباط 1900[4] إن المادة 1165 من القانون المدني غير

---

(1) F.BERTRAND, Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، 1979 ـ J.DUCLOS, L'opposabilité, essai d'une théorie générale سابقاً ـ H.GEMEL, L'opposabilité du contrat, Etude comparée de droit francais et égyptien، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس I، 1987.

(2) J.DUCLOS، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 27 ـ 1، مع المؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.

(3) D.P.64، صفحة 412، S.64، صفحة 349، في صدد عقد قسمة Ch. ATIAS, Le transfert conventionnel de la propriété immobilière، أطروحة في بواتييه، 1974، مطبوعة على الآلة الكاتبة، صفحة 161 وما يليها، رقم 104 وما يليه.

(4) Dalloz الدوري 1900، 1، صفحة 250.

قابلة للتطبيق «على العقود التي تثبت اكتساب الملكية أو نقلها والتي يحتج بها، في هذا الصدد، تجاه الأشخاص الثالثين»[1].

ثم أكدت غرفة العرائض بصورة أوضح، في 17 كانون الأول 1973[2]، حجية عقود الزواج تجاه الغير بهذه العبارات: «من حيث أن الاتفاقيات الزواجية، بكونها تنقل الحقوق العينية أو تعدلها أو تعطي الزوج سلطة إدارة أموال الزوجة بحرية إلى حد ما هي قابلة لأن تفيد الغير أو أن يحتج بها تجاهه، وأن الغير لا يستطيع، لدفع هذا المفعول، التمسك بشكل مفيد بالمادة 1165 من القانون المدني التي ليست أحكامها متعلقة إلاّ بالموجبات التي تولدها الاتفاقيات بين الفرقاء». وكما جرى بيان ذلك[3] «تستحق الصيغة، الملفتة بتقليدية تعابيرها، أن تسترعي الانتباه بأنها لم تكن تقليدية في عام 1873. ومع أكثر من نصف قرن مضى على إنتاج الفقه، اكتشفت محكمة النقض التفريق الذي يسيطر اليوم على التفسير المستمد من المادة 1165».

بيد أنه يقتضي بيان أن هذه الأحكام تتعلق بشكل أساسي بالملكية وبصورة أوسع بالحقوق العينية التي جرى التوافق على اعتبارها بطبيعتها محتجاً بها، بخلاف الحقوق الشخصية أو الدين (له) التي ليس لها سوى مفعول نسبي. إذن تطرح مسألة معرفة ما إذا كانت الحجية المقبولة من محكمة النقض تستنتج من العقد، وهو عمل يولد حقوقاً ذاتية، أو من طبيعة الحقوق الذاتية التي ينشئها العقد. أما حكم عام 1873 فيطبق على عقد الزواج، المحقق بالتأكيد بتوافق الإرادة، وإنما موضوعه إقامة نظام زواجي، وبتعبير آخر تشريع يتعلق بذمة الزوجين المالية تفرض حجيته على الغير بقوة خاصة، على غرار أنظمة الشركات والأشخاص المعنويين الذين تنشئهم عقود الشركة.

وتعود إحدى الصعوبات في هذا الشأن إلى تنوع مفاعيل الاتفاقيات. إنها تولد موجبات وتعمل على انطفائها. غير أنها تحقق حقوقاً عينية وتنقلها. وهي بحسب التعريف يحتج بها ضد الجميع، كما تولد أشخاصاً معنويين يفرض وجودهم، ضمن بعض الشروط، على الجميع. وتكفي هذه الملاحظات لبيان أن حجية العقد لا يمكن أن يقام لها وزن بالاستقلال عن حجية الحقوق الذاتية والأوضاع القانونية على وجه العموم.

إن محكمة النقض لم تكرس إلا منذ وقت قريب جداً مبدأ حجية العقود ولو لم تنشىء سوى حقوق شخصية أو حقوق الدين (له).

---

(1) انظر بالنسبة إلى الاجتهاد السابق A.WEILL, La relativité des contrats en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1939، مقدمة NAST، رقم 124، صفحة 231، التعليق 2. انظر في شأن أساس الحجية المطلقة، Ch. DEMOLOMBE، الجزء XXV، Traité des contrats، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، صفحة 50، رقم 45 ـ Ch. ATIAS، الأطروحة السابقة الذكر.

(2) S. Sirey 74، 1، صفحة 409، تعليق J.E.LABBÉ.

(3) Y.FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 167.

والفقه، بالموازاة سيمنهج التفريق.

325 ـ التفريق الفقهي.

ظهر المدى الأكثر تحديداً للمادة 1165 متأخراً نسبياً. وهكذا سبق لـ Wahl إن كتب، في عام 1913[1] حول هذا النص: «إنه يمنع مطالبة الغير بتنفيذ أحد الموجبات الناتجة عن العقد، كما يمنع على الغير أن يطالبوا هم أنفسهم بهذا التنفيذ».

إلاّ أنه جرى منهجته في أطروحتين في الحقوق، أطروحة من أصبح العميد Weill حول «مبدأ نسبية الاتفاقيات في القانون الخاص الفرنسي» التي جرت مناقشتها في ستراسبورغ في عام 1938، وأطروحة السيد Calastreng حول «نسبة الاتفاقيات» التي جرت مناقشتها في تولوز في عام 1939[2].

وحسب هذا التحليل الجديد يكتفي المفعول النسبي للعقد بأن يحدد بالنسبة إلى الفرقاء وإلى من يماثلونهم المفعول الملزم للعقد. إنه يعني فقط أن الفرقاء وحدهم يمكن أن يصبحوا دائنين أو مدينين بمفعول العقد، وعلى نطاق أوسع الفاعلون أو المنفعلون بالنسبة إلى المفاعيل الملزمة لهذا العقد.

وبالمقابل لا يشكل عقبة أمام حجية العقد والأوضاع العقدية التي يخلقها. إن ذلك يتيح للفرقاء تجاه الغير، كما تجاه الفرقاء، التذرع بالوضع القانوني الذي ينشئه العقد.

وهذا يعني بشكل محسوس، مثلاً، ان البائع وحده، في بيع غير المنقول، ملزم بتسليم الشيء المباع، والشاري ملزم بدفع الثمن المتفق عليه، إنه المفعول الملزم للعقد، إلاّ أنه على الجميع مراعاة الوضع القانوني الذي أنشأه البيع، أي نقل الملكية لصالح الشاري، انها حجية العقد. كما أن المستخدِم وحده، في عقد العمل، ملزم بدفع الأجر المتفق عليه. والأجير ملزم بتقديم عمله، إنه المفعول الملزم للعقد، بيد أنه إذا كان العقد يحوي بند عدم المنافسة فالأجير الذي يقبل العمل لدى منافس لمستخدمه القديم مسؤول عقدياً لعدم تنفيذ موجباته العقدية، وذلك عقوبة المفعول الملزم للعقد، في حين أن مستخدمه الجديد يمكن، ضمن بعض الشروط، أن يتحمل المسؤولية التقصيرية بمعاقبة واجبه في مراعاة الوضع العقدي الناتج عن بند عدم المنافسة، وهي نتيجة لحجية الاتفاقية.

ويقبل المؤلفون المعاصرون اليوم هذا التفريق[3].

---

(1) تعليق على حكمي محكمة اميان في 7 كانون الأول 1902 و27 آذار 1903، 1903 Sirey (S.)، 2، صفحة 258 ـ J.DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 27 ـ 2.

(2) A.WEILL, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، مقدمة NAST ـ S.CATALSTRENG, La relativité des conventions، أطروحة في تولوز، 1939، مقدمة G.MARTY.

(3) MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء الأول، رقم 270 ـ H. ROLAND et L. BOYER, Obligations، الجزء 2، الطبعة الرابعة، رقم 1266 وما يليه ـ J. FLOUR et J. - L. AUBERT, =

ومع ذلك ليس هذا التفريق مجرداً من أي دقة ولا سيما في تطبيقاته الخاصة بقانون المسؤولية[1]. وعندما يجاز شخص ثالث التمسك بموجب ضمان اضطلع به صانع لصالح شاري منتجه، في سبيل الحصول على تعويض عن الضرر الذي سببه عدم تنفيذ موجب الضمان هذا، يظهر هذا الشخص الثالث، في الواقع على الأقل، كدائن بهذا الموجب. وتأكيد الطابع غير العقدي، وبتعبير آخر التقصيري أو شبه التقصيري، للمسؤولية، الأبعد من أن تصحح الطابع الصنعي للحل، تزيد من نتائجه باستبعاد التحديدات الاتفاقية التي تساهم في توازن الضمان المتفق عليه بصورة خاصة[2].

326 ـ اجتهاد محكمة النقض.

بدا أن محكمة النقض حتى فترة قريبة تدين المصطلح الفقهي الذي يفرق بين مفعول الموجب والحجية. وهكذا أكدت الغرفة المدنية في 6 شباط 1952[3]، أولاً المبدأ الذي بمقتضاه «الاتفاقيات غير قابلة للاحتجاج بها في وجه من لم يكونوا فرقاء فيها»، وبتعبير آخر لاحجية الاتفاقيات في وجه الغير، قبل قبول الحلول التي يصفها الفقه اليوم بالحجية تجاه الغير. بيد أن الأحكام الأحدث، بدون أن تستخدم المصطلح الفقهي، تتبنى وضعاً حيادياً بالاكتفاء بالحكم بأنه «إذا لم يكن للاتفاقيات، من حيث المبدأ، مفعول إلاّ تجاه الفرقاء، فلا ينتج عن ذلك أن القاضي ليس في وسعه البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفرقاء المقحمين في القضية عن المعلومات التي من شأنها تنوير قراره، أو ليس بإمكانه اعتبار اشتراطات العقد منشئة وضعاً واقعياً تجاه الغير[4].

إن الاشتراطات، بالنسبة إلى محكمة النقض، يمكن استخدامها كمعلومات، وكذلك

= Obligations، المجلد 1، رقم 440 وما يليه ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، رقم 743 ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations، رقم 458 وما يليه، رقم 465 وما يليه ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، رقم 651 وما يليه ـ M. AUSSEL, Essai sur la notion de tiers en droit civil français، أطروحة في مونبيليه، 1951، صفحة 70 وما يليها ـ J. - L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، أطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J.، 1981، مقدمة H. Batiffol، رقم 32 ـ Y. FLOUR, L'effet des contrats à l'égard des tiers en droit international privé، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، 1977، رقم 7 ـ F. BERTRAND, Essai sur l'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، باريس II، 1979، صفحة 5 ـ J. DUCLOS, L'opposabilité, essai d'une théorie générale، المذكور آنفاً، رقم 27 ورقم 28.

(1) انظر على وجه الخصوص R. KRASSER, C. HEYMANS, Der Schutz Vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (حماية الحقوق العقدية ضد تدخلات الغير)، Verlag K.G. Cologne، 1971، وقد حلله في المجلة الفصلية للقانون المدني M. PÈDAMON.

(2) انظر G. DURRY، ملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 775.

(3) النشرة المدنية I، رقم 55، صفحة 44. انظر مع الصيغة عينها، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تموز 1956، النشرة المدنية، I، رقم 290، صفحة 236.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1972، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 136.

يمكن أن تخلق وضعاً واقعياً تجاه الغير، وبتعبير آخر وضعاً يحتج به في وجه الغير بدون أن تقول ذلك صراحة.

وتأخذ محكمة النقض، بالموازاة، بأن «الواقعة ذاتها، القابلة لأن تشكل تخلفاً عن موجب موجود بين الفريقين المرتبطين بعقد، يمكن أن تكون بمثابة خطإ شبه تقصيري يجعل فاعله مسؤولاً تجاه الغير الأجنبي عن العقد»[1]. والغير الأجنبي عن العقد بإمكانه إذاً التمسك بالخطإ الذي ارتكبه أحد الفريقين في عدم تنفيذ موجباته العقدية. في وسعه بالتالي مواجهة الفريقين، كوضع واقعي، بعدم تنفيذ موجب إنشاء العقد الذي لا يستطيعان التذرع بمفاعيله الملزمة.

وبصورة عامة، وكما ذكّرت بذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض في 22 تشرين الأول 1991[2]، في حكم نقض لانتهاك المادة 1165 من القانون المدني، «بإمكان الغير الأجنبي عن العقد، إذا لم يكن دائناً أو مديناً، التمسك لمنفعته، كواقعة قانونية، بالوضع الذي خلقه العقد». وعلى وجه خاص بإمكان الكفلاء التمسك بأن اتفاقية ما بين مصرفين أخرجت، من الذمة المالية للكفيل الذي تعهد تجاهه، الديون (له) التي تشكل موضوع الكفالة، مما يجعل هذه الكفالة بدون موضوع.

وبالمقابل يبقى مبدأ نسبية العقود مطبقاً ما دام أن الأمر يتعلق بتحديد موجبات الفريقين.

وهكذا مثلاً ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 27 نيسان 1978[3] سبب التسويغ المقدم من كاتب عدل لم ينفذ وكالة بعدم التخلي عن مال مقترض إلاّ بشروط معينة، وتذرع بأن عقد القرض الموقع بعد يومين يخضع المقرضين فقط لهذه الشروط بحيث أن هذه الشروط تلغي التعليمات السابقة وتستبعد» مسؤوليته المهنية». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن عقد القرض الذي لم يكن الكاتب العدل.. فريقاً فيه لا يمكن أن يكون له مفعول على الوكالة التي عُهِدَ إليه بها سابقاً». والعقد المبرم بين الموكل والمقترض الذي ليس له مفعول ملزم إلاّ بين الفريقين المتعاقدين لا يمكن أن يعدل الموجبات الملقاة على عاتق الكاتب العدل بموجب العقد المتميز عن الوكالة التي تربطه بالمقرض.

كما أن الغرفة المدنية الثالثة استبعدت، في 10 نيسان 1991[4]، ادعاء شريك في الملكية اشتكى من عدم مراعاة شريك آخر في الملكية الكشف الوصفي الملحق بعقد الحجز، بملاحظة «أن محكمة الاستئناف، لكون العقد التمهيدي لم يكن يربط إلاّ الحاجز والمحجوز

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 22.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209؛ Dalloz - Sirey، 1993. صفحة 181، تعليق J. GHESTIN.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 159، صفحة 126.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 66.

له ولا يتضمن أي موجب تسليم، أخذت. . بأنه ليس ثمة أي مستند يضع على الشركاء في الملكية أو الشاغلين مسؤولية أن يكون لديهم بساط أو نسيج مخملي الوبر (moquette) في الغرف «الجافة»، واستنتجت من ذلك أن الشركة البائعة والسيد Hazera لم ينتهكا أي تعهد عقدي تجاه السيد Didry، سوّغت حكمها قانوناً».

327 ـ سلطان الإرادة لا يمكن أن يسوّغ مبدأ حجية العقد.

ظن بعض المؤلفين[1] إمكانية التأكيد أن الاجتهاد الذي يعاقب حجية العقد تجاه الغير لم ينكر لسلطان الإرادة بل استلهمها مباشرة على عكس ذلك. وقد كتبوا «بدلاً من تفسيره كما يتم ذلك تقليدياً عن طريق العمل بقواعد المسؤولية، يقتضي بالفعل أن لا نرى في ذلك، وبصورة أبسط بكثير، سوى تطبيق لمبدأ قوة العقد الملزمة ذاته». ويرجع هؤلاء المؤلفون، لتسويغ هذا التأكيد، إلى المادة 1134 من القانون المدني وإلى القول المأثور الأسبق تاريخاً هو المفضل في الحق، وأخيراً إلى «قاعدة الأفضلية الزمنية نفسها التي يأمر بها الوفاء بالوعد».

وقد انتقد أحد المؤلفين هذا التفسير[2]. إن القوة الملزمة للعقد يمكن أن تفسر قاعدة نسبية المفعول الملزم للعقد الذي ليس في وسعه أن يجعل الغير مديناً أو دائناً إنها، تسوّغ أيضاً مسؤولية المدين الذي، بتعاقده مع الغير على تعهد في تمانع مع التعهد الذي يربطه بدائنه، يتنكر للقاعدة المطروحة في المادة 1134 من القانون المدني. وبالمقابل يغدو مبدأ القوة الملزمة للعقد عاجزاً «عن تسويغ واجب الغير في احترام الموجب تحت طائلة اعتباره مسؤولاً تقصيرياً. وهذه المسؤولية لا تولد من العقد ذاته، إذ ليس فيه مصدرها بشكل مباشر، إنها تولد من الخطإ الذي ارتكبه بعدم مراعاة حق يعرف أنه موجود عن طريق إبرام العقد. ولا يستهدف مبدأ قوة العقد الملزمة ومبدأ سلطان الإرادة سوى المتعاقدين وهما غير قابلين للتطبيق في حقل الغير»[3].

إن هذه الانتقادات في الحقيقة غير مسوّغة إلاّ جزئياً. ثمة بالفعل رباط غير قابل للانتقال بين قوة العقد الملزمة وحجيته. على أن الحجية ليست مجرّد تطبيق للقوة الملزمة، ذلك بأن هذين المبدأين هما في الواقع على الصعيد عينه في نظر القانون الوضعي: إن الأمر يتعلق بإواليتين تكميليتين تهدفان إلى تأمين فعالية العقد، الأولى هي القوة الملزمة بين الفريقين، والثانية هي الحجية تجاه الغير.

وسنرى أن الحجية، كإوالية إضافية للقوة الملزمة، يمكن أن يكون مفعولها، ولاسيما

---

(1) Obligations، J. FLOUR et J.L. AUBERT، المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 434، وقد عدل السيد AUBERT هذا النص في الطبعة السادسة من المؤلف عينه، رقم 443.

(2) F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172.

(3) انظر بالمعنى عينه J.L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 43، ملاحظة أن «مجال تطبيق الحجية لا يتوقف إذاً إلاّ عند الفريقين عندما تبدأ بالنسبة إليهما هذه الظاهرة مختلفة تماماً عما هو المفعول الملزم».

في التفرغ عن الدين، جعل الغير مديناً. والمدين المحال عليه في هذا المثال يصبح بالفعل، بمقدار ما يحتج بالتنازل تجاهه، مدين المتنازل له في حين أنه لم يكن فريقاً في عقد حوالة الدين.

من الواضح أن سلطان الإرادة، المعتبر سلطة سيدة لهذه الإرادة، ليس في وسعه تفسير هذا الحل. إن احترام الوعد ليس بإمكانه، بالفعل، تسويغ أن يغدو أحد الأشخاص الذي لم نشارك إرادته في شيء في حوالة الدين مديناً للتنازل له فيتعلق الأمر عند ذلك باحترام وعد الغير، مما يعني نفي سلطان الإرادة.

وينبغي، في الحقيقة، في سبيل فهم حجية العقد والأوضاع العقدية وتسويغها، الانطلاق منطقياً من مبدإ الحجية العامة للحقوق الذاتية[1].

328 ـ يستنتج مبدأ حجية العقد من الحجية العامة للحقوق الذاتية.

سبق أن بيّنا أن «الحق الذاتي هو أولاً وبشكل أساسي نمط تعريف الوضع القانوني للفرد تجاه الغير. وهذه النقطة غير قابلة للمناقشة إذا تفحصنا الحق في فرض تنفيذ موجب على شخص معين. ولكن الأمر على هذا النحو أيضاً بالنسبة إلى النماذج الأخرى من العقود. فالملكية مثلاً سلطة حاصرة لاستعمال الشيء الذي تتناوله والتصرف به والتمتع به؛ والحال أن استبعاد الغير هو شكل من العلاقة الاجتماعية.. بالضرورة، والحق الذاتي يتمثل كعلاقة الفرد بأشخاص آخرين»[2].

وإحدى مزايا الفرضية الشخصانية للحقوق العينية التي دافع عنها Planiol كانت، عند تحليل هذه الحقوق بأنها تولد موجباً منفعلاً شمولياً، أي موجب الجميع بالامتناع عن تعكير حق الحائز، التذكير بأن تعريف الحقوق الذاتية يجب بالضرورة أن يتموضع على صعيد

---

(1) انظر J. DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 130 إلى 136: «الحجية مفهوم ملازم للحق الذاتي» F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172 وما يليه، ملاحظة ما يلي (رقم 172): «يبدو في النهاية أن أساس موجب الاستقرار يكمن بالأحرى في قوة الحق الذاتي الذي خلقته الاتفاقية التي ليست سوى مولدته». ويتبنى السيد Aubert في الطبعة السادسة (1994) للمجلد 1 من J. FLOUR et J.L. AUBERT، المرجع عينه، رقم 443، في النهاية في ما هو أساسي تحليلاً يقترب كثيراً من التحليل الذي اقترحناه في عام 1993. فبالنسبة إليه بالفعل «إن مبدأ حجية العقد والحقوق والواجبات التي ينشئها في مظهرين ـ الحجية من قبل الغير والحجية ضد الغير ـ يشكل الامتداد الضروري لمفهوم الحق الذاتي. وتأكيد امتياز فردي، من جهة أولى، ليس له معنى إلاّ بحجيته ضد الغير. والعقد من جهة ثانية، بكونه أداة يمهد بها القانون لمن هم أهل للحق لتنظيم علاقاتهم القانونية وحقوقهم، ينبغي أن يستفيد هو نفسه من حجية مشابهة». ويضيف «من المسموح به، في ما يتعلق بالضبط بحجية العقد من قبل الغير، أن نرى فيه الضريبة الضرورية لتفويض السلطة التي يوافق القانون على إعطائها للإرادات الفردية: الإرادة العقدية ملزمة بالنسبة إلى الجميع». ويلاحظ «في ما يتعلق بحجية العقد تجاه الغير أن الحجية ليست اعتداء على مبدإ المفعول النسبي وأنها لا تتناقض مع «فكرة سلطان الإرادة» طالما أنها تكتفي بأن تفرض من حيث المبدأ احترام التعهد المتخذ في المقام الأول، وفقاً للقول المأثور الأسبق زماناً هو المفضل، والأمن القانوني يقود وحده إلى الاستثناء عندما يجهل المتعاقد الثاني الوضع السابق».

(2) المدخل العام، رقم 187.

العلاقات الاجتماعية. بيد أننا بيّنا أن المقارنة التي أجراها Planiol بين الحقوق العينية والحقوق في الدين (له) بغطاء «الموجب المنفعل الشمولي» تلجأ، بالمقابل، إلى خلط أكيد بين مفهوم الحجية ومفهوم الموجب بالمعنى التقني للتعبير.

«من الصحيح أن الحقوق العينية تؤدي، بالنسبة إلى أي كان، إلى واجب احترامها: أنها يحتج بها تجاه الجميع. ووصف هذا الواجب بالموجب المنفعل الشمولي يزيف الإمكانيات. بالفعل، عند الانتقال إلى الحق في الدين نلاحظ أن المدين ملزم وحده، طالما أن عليه تنفيذ التقديم. من هنا ننجر إلى القول إن مراعاة الحق العيني تفرض نفسها على الجميع في حين أن مراعاة الحق في الدين لا تفرض إلاّ على المدين. والحال أن هذا الطرح غير صحيح. فالغير ليس في وسعه انتهاك حق الدائن تجاه مدينه بدون عقاب... فكل حق ذاتي، أياً كان، يولد ما تسميه الفرضية الشخصانية «الموجب المنفعل الشمولي»؛ ليس ثمة حق لا يحتج به اتجاه الجميع»[1].

هناك إذاً مبدأ عام لحجية الحقوق الذاتية، سواء أكانت عينية أو حقوق في الدين (له).

من هذه الحجية العامة يتميز وضع المدين في الحق في الدين (له). فهو ليس في وضعه تجاه الجمهور ملزماً فقط بمراعاة حق الغير. إن عليه تنفيذ تقديم محدد. «إنه يتحمل «سلطانا» على شخصه يتجاوز مجرد تقييد حرياته»[2]. وهذا ما يُدل عليه بعبارة دين (عليه) أو موجب يندرج في المطلوبات من الذمة المالية للمدين، في حين أن التحديدات العادية للحرية التي تفرضها مراعاة لحقوق الذاتية لا تندرج فيها.

ويقدم التصنيف الأصلي للحقوق المتعلقة بالذمة المالية الذي اقترحه السيد Ginossar، انطلاقاً من تعريف جديد للملكية والحقوق العينية، الدين على أنه «مال يعود إلى الدائن ويرتبط بذمته المالية الخاصة بمفعول حق الملكية»[3]. ويميز المؤلف انطلاقاً من ذلك في الحق في الدين «تراكب حقين: أحدهما السلطة ضد المدين، والثاني ملكية الحق السابق»[4]. ويسعى أيضاً إلى تفسير حجية الحق في الدين تجاه الجميع، وهو حق يشكل في عرفه أحد الألغاز الذي عجز الفقه التقليدي عن تفسيره[5]. والحق في الدين (له)، هو حق نسبي بمقتضاه يكون المدين وحده ملزماً به، وفي الوقت عينه يحتج به تجاه الجميع، لأن الحجية تجاه الجميع هي خاصية الملكية. ولأن الدائن، في عرفه، هو مالك دينه (له)، بإمكانه أن يفرض على الجميع مراعاة حقه. وبالمقابل توحد العلاقة، وهي رباط موجب يتعايش مع الملكية، الدائن بالمدين وحسب.

(1) المدخل العام، رقم 219.

(2) المرجع عينه.

(3) Droit réel, propriété et créance, élabaration d'un système rationnel des droits patrimoniaux، منشورات L.G.D.J 1960، صفحة 35.

(4) المرجع عينه، صفحة 85 وصفحة 86.

(5) المرجع عينه، صفحة 181 وما يليها.

لقد بيّنا في الحقيقة أن «حجية حق الدائن تجاه الجميع هي خاصية الحقوق الذاتية جميعاً التي تحفظ للفرد منطقة سلطة غير قابلة لأن ينفذ الغير إليها»[1]، ولأن إمكانية الدائن في التصرف بحقه الموجود في ذمته المالية كمال مكتسبة منذ وقت طويل، رغماً عن التقييدات المتعلقة بالطبيعة الخاصة لهذا المال[2].

على أن لفرضية السيد Ginassor فائدة جذب الانتباه بشكل خاص إلى العلاقات الشخصية التي غالباً ما تولد بين حائزي أقسام في ملكية المال عينه. وقد لاحظنا في هذا الوضع، عندما يكون تقديم إيجابي غير مطلوب استناداً إلى تعهد شخصي وإنما بسبب صفة مالك حق عيني آخر أو حائزة، أن ثمة موجباً بالتأكيد، موجباً عينياً أو «أيضاً شيئاً خاصاً»[3]. وسنرى أن هذه الموجبات العينية تشكل صعوبة عندما يتعلق الأمر بتحديد المجال الصحيح للحجية، بمقدار ما تولد مفعولاً ملزما انطلاقاً من مجرد حجية حق عيني[4].

ومن المناسب، في أي حال، تطبيق مبدأ حجية الوضع القانوني الذي أنشأه العقد، مما يميز حجية الحقوق الذاتية بصورة عامة. ويتعلق الأمر عموماً بواجب عدم فعل أي شيء يمكن أن يشكل عقبة أمام المفاعيل الملزمة للعقد، وبتعبير آخر، بمجرد واجب الامتناع وليس بواجب إعطاء أو فعل[5].

على أننا سنرى، في ما يختص بحجية العقد، وفي بعض الظروف، أن الفعالية ذاتها للمفعول الملزم تفرض استنتاج مبدإ تكميلي لحجية الموجب بالنسبة إلى الغير بإعطاء شيء ما أو بفعله استناداً إلى العقد لذي لم يكن فريقاً فيه. وذلك غير قابل للجدال في العقود التي يكون موضوعها نقل دين، كحوالة الدين أو الحلول على سبيل المثال.

إن هذه الملاحظات تعطي، بالتأكيد، مدى أكثر نسبية للتفريق التقليدي اليوم بين المفعول الملزم للعقد وحجيته. ويبدو، بالمقابل، أنها تجعل تحليل الحقيقة أفضل. أليس هذا المدى النسبي على الأكثر مؤكد بهذه الملاحظة أن التفريق، خارج القانونين الفرنسي والبلجيكي، لا يبدو أنه تم قبوله من قبل أي نظام قانوني آخر؟ أنه يحتفظ بمنفعة أكيدة شرط رؤية مداه الصحيح وحدوده.

بعد تحديد هذا التفريق تبقى إعادة تفحص تفريق آخر، التفريق الذي يواجه الفرقاء بالغير.

---

(1) المدخل العام، رقم 189 ورقم 222.

(2) J. GHESTIN, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations، أعمال اليوميات التاسعة للدراسات Jean Dabin القانونية، 1980، صفحة 5، رقم 1.

(3) المدخل العام، رقم 222.

(4) انظر الرقمين 425 و 427 اللاحقين.

(5) انظر Y. FLOUR، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 37: «التفريق واضح في مبدئه: ليس في وسع الدائن أن يتطلب من الغير أي عمل إيجابي للتنفيذ، فهذا الغير ليس ملزماً إلا بموجب منفصل صرف، عدم تعكير المجرى الطبيعي للعقد».

القسم 2

التفريق بين الفرقاء والغير

329 ـ تأثير رد مبدإ سلطان الإرادة.

يقود مبدأ سلطان الإرادة، كما رأينا، إلى تحديد المفعول الملزم للعقد بين الفريقين المتعاقدين، أي بين من أرادوا بتوافق الإرادة إبرام العقد. ورد هذا المبدإ يمكن أن يقود إلى نتائج مختلفة.

لا شك في أن دور إرادة الفريقين المتعاقدين في تكوين العقد والخاصية التي يضفيها على هذا النمط من إنشاء المفاعيل الملزمة، يتيحان أن يُطرح، من حيث المبدأ، إن هذين الفريقين وحدهما ملزمان بالعقد الذي أراداه. إن حلاً كهذا له بالفعل نتيجة منطقية ومعقولة للسلطة المعترف بها لحق الفريقين المتعاقدين الموضوعي. بيد أن الاستثناءات التي دعت العميد Savatier إلى رفض «مبدإ المفعول النسبي المزعوم للعقود»[1] تسهل إلى حد كبير تفسيرها وتسويغها إذا أخذنا بأن القانون الموضوعي وليس سلطان إرادة الفريقين هو الذي يحدد في النهاية المفاعيل التي أطلقها توافق الإرادتين. كما أن القانون الموضوعي، إذ يحدد شروط تكوين العقد ومعاقبتها، وكذلك القوة الملزمة التي من المناسب الاعتراف بها للعقود يحدد، انطلاقاً من المبادىء الموجهة ذاتها للعدالة العقدية والمنفعة الاجتماعية، مجال مفاعيل العقد. فالمنفعة الاجتماعية للحقوق الذاتية تفرض أن تكون تلك التي مصدرها العقد محتجاً بها تجاه الجميع بالشروط عينها للحقوق الذاتية بصورة عامة. إلاّ أن المنفعة الاجتماعية يمكن أن تتطلب، بالإضافة إلى ذلك، أن يكون آخرون غير الذين أبرموا العقد حائزين ومنفعلين بالنسبة إلى المفاعيل الملزمة التي يولدها العقد.

330 ـ تفريق بين الغير أم بين الفريقين؟

إذا انطلقنا من تعريف الفريقين الأكثر قبولاً على وجه العموم، وباعتبار أن هذين الفريقين هما الشخصان اللذان أبرما العقد، إمّا مباشرة وإمّا من قبل ممثليهما الاتفاقيين أو

---

(1) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1934، صفحة 525.

القانونيين، فإننا نتمكن، عبر هذا التفريق بين أنواع الغير، من محاولة تحديد الذين يمكن، مع احتفاظهم بهذه الصفة، استثنائياً، أن يكونوا ملزمين بالعقد.

ويجري، حتى في هذه الرؤية، تخصيص مكان للذين يجب مماثلتهم بالفرقاء[1]. من المسموح به، انطلاقاً من هنا، التساؤل، بالموازاة مع التفريق بين الغير، عما إذا كان من المناسب توسيع تعريف الفرقاء بأن يندمج في هذه الفئة، إلى جانب الفرقاء المتعاقدين بحصر المعنى، أشخاص آخرون يكونون مع ذلك، بدون أن يكونوا قد أبرموا العقد، مرتبطين بمفاعيله الملزمة.

وسنقترح، بعد أن ذكّرنا بالتفريقات التقليدية للغير، تصنيفاً جديداً للفريقين وللغير.

الفقرة 1 ـ التفريقات التقليدية بين الغير

331 ـ نسبية مفهوم الغير والتباسه.

الغير يتعارض مع الفريقين، أي بشكل بديهي مع الأشخاص الذين أبرموا العقد. بيد أن التفريق معقد بشكل خاص بوجود فئات وسيطة لها بالفريقين روابط تنزع إلى تقريب وضعه إلى حد ما من وضع الفريقين ذاتهما:

يجري التفريق بين الخلف الكليين أو بصفة كلية والخلفاء بصفة خاصة والدائنين الذين يكون بعضهم عادي في حين أن بعضهم الآخر حائز حق خاص في عنصر من ذمة المدين المالية. والفئة المتبقية هي فئة الغير المسماة أيضاً في بعض الأحيان الغير المطلق أو الأجنبي.

وتتغير، على صعيد المصطلح، فئة الأشخاص المعقودين بكلمة غير حسب استعمالها[2]. والقانون يدل تحت هذا التعبير تارة على جميع الأشخاص الذين ليسوا فرقاء، وطوراً على الغير (الغير العادي) بخلاف الفرقاء وخلفائهم. ويتعلق الأمر بفئة سلبية بخلاف فئة أخرى. بيد أن هذه الفئة ليست محددة دائماً. وينتج عن ذلك بعض اللبس.

يضاف إلى ذلك أن هذه الأوصاف يمكن أن تطبق معاً على شخصين. فمكتسب ملكية عقار هو خلف بصفة خاصة لبائعه وكذلك دائنه العادي، ولا سيما بموجب ضمان، وهو الغير بالنسبة إلى كل ما يتعلق بالعقار المباع.

وينبغي أن نفهم تماماً أن الغير ليس بالضرورة أشخاصاً أجنبيين كلياً عن الفريقين. وفي

---

(1) انظر بالنسبة إلى الخلفاء الكليين، H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه الجزء 2، رقم 1258 ـ Ch. Larroumet المرجع عينه، رقم 741 ورقم 778 ـ J. Flour et J. L. Aubert, Obligations، المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 419؛ وفي الطبعة السادسة للكتاب عينه، رقم 445، كتب السيد Aubert بشكل أصح أن الخلفاء الكليين «يفقدون هكذا صفتهم الأصلية كغير لكي يستقروا في وضع الفريق في العقد الذي يخلفونه».

(2) انظر: J. M. Aussel, Essai sur la notion de tiers en droit civil français، أطروحة في مونبلييه، 1953.

الواقع إذا طرحت مسألة مفاعيل العقد تجاههم فذلك لأن لهم أو هم قابلون لأن تكون لهم علاقة معينة بأحد الفريقين. وهذا الرباط وحده لا يعطيهم صفة الخلف أو الدائن المتوافقة مع وضع قانوني محدد.

وسنبين بدقة تعريف الخلفاء الكليين وبصفة كلية، والخلفاء بصفة خاصة والدائنين العاديين.

332 ـ الخلفاء الكليون أو بصفة كلية.

الخلف الكلي هو من يتلقى كامل الذمة المالية من سلفه. وهذا الانتقال، في القانون الفرنسي، مع الأخذ في الحسبان الرباط الذي يوحد الذمة المالية بالشخص، لا يمكن أن يتم عادة إلا بوفاة حائز الذمة المالية. فالمقصود عملياً الورثة بدون وصية[1] والموصى لهم الكليون.

والخلف بصفة كلية هو من يتلقى قسماً من الذمة المالية. والأمر على هذا النحو مثلاً عندما يكون هناك وريثان (يتلقى كل منهما نصف التركة)، أو عندما يتناول الإيصاء قسماً من التركة. وهذا الانتقال بصفة كلية يفترض أيضاً وفاة حائز الذمة المالية.

ويقتضي التذكير هنا[2] بأن الذمة المالية هي كلية حق يجمع حقوقاً وديوناً (عليه) تكوّن موجودات (أصولاً) ومطلوبات (خصوماً) غير قابلة للانفصال، بحيث أن الحقوق تضمن تنفيذ الموجبات. ووحدة العناصر التي تكوّن هذه الكلية، حسب النظرية الشهيرة للذمة المالية التي قدمها Aubry و Rau، ليست سوى كلية موضوع الحقوق والموجبات. فالشخص نفسه هو الذي يحوز حقوقاً حاضرة أو مستقبلية والذي هو ملزم أو سيكون ملزماً بموجباته. وبما أن الذمة المالية تتماثل بالشخص فإن كل واحد لا يمكن أن تكون له سوى ذمة مالية واحدة. والذمة المالية، وهي غير قابلة للانقسام، غير قابلة للانتقال أيضاً في حياة حائزها، وذلك نتيجة منطقية للتحليل الشخصاني للذمة المالية.

على أن الانتقال الإجمالي للذمة المالية يمكن أن يتم عندما تنطفىء الشخصانية بالوفاة. بيد أن الموضوع الذي كان يشمل العنصر التآلفي لمكوّنات الذمة المالية إذا ما اختفى لا تعود الوحدة بين الحقوق والموجبات قابلة للتفسير. فلجأ المدافعون عن النظرية التقليدية عند ذلك إلى تخيّل استمرارية شخص المتوفى في ورثته[3]. غير أن حيلة تسويغ كهذا كانت موضع رفض. ويضاف إلى ذلك أنه لا طائل تحتها.

وليست الوراثة ذمة مالية حقيقية، أي المحتوى الذي يحتفظ بهويته أياً كانت الحقوق والواجبات التي تكوّنه. ولا يتعلق الأمر ببقية الذمة المالية التي تجمدت بوفاة حائزها. وهذه

---

(1) بخلاف الموصى لهم.

(2) انظر المدخل العام، الأرقام 196 إلى 200.

(3) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، الجزء الأول، رقم 263.

المجموعة من الحقوق والواجبات هي التي يجب أن تنتقل لا الشخصية الضرورية لكي تكتسب أموالاً جديدة أو تلتزم بديون جديدة. والوريث، بمفعول القواعد الإرثية، مزوّد، بواقعة الوفاة وحدها، بحقوق المتوفى وديونه جميعاً التي تدخل وتذوب في ذمته المالية مع مراعاة فصل ناتج عن القبول مع حق الجرد أو فصل الذمتين الماليتين. وبمقتضى المادة 724 من القانون المدني «الورثة الشرعيون والورثة الطبيعيون والزوج الباقي على قيد الحياة يتملكون بقوة القانون أموال المتوفى وأسهمه، مع موجب الاضطلاع بأعباء التركة كلها»، وحسب المادة 873 «الورثة ملزمون بديون التركة وأعبائها شخصياً بالنسبة إلى حصتهم وحصة الذكورة، وبجميعها في صدد الرهن العقاري. .». وتطبق المادتان 1009 و 1012 القاعدة عينها على الموصى له الكلي والموصى له بصفة كلية.

إن ما يهم هذه الدراسة، في أي حال، هو أن الأموال والديون الإرثية، بدون انتقال، مرتبطة بأهل للحق آخر، بخلف كلي أو بصفة كلية.

وللأشخاص المعنويين، ولا سيما الشركات والرابطات والنقابات، أيضاً ذمة مالية. وهذه الذمة المالية، عند حلها، تنتقل طبيعياً إلى شخص معنوي آخر تكون له صفة الخلف الكلي أو بصفة كلية. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة في حالة امتصاص شركة لشركة أخرى أو اندماجها أو تأميمها.

وقد طرحت المادة 1122 من القانون المدني هذا الانتقال إلى الخلفاء الكليين بهذه العبارات: «من المفترض أنه جرى الاشتراط للذات وللورثة والخلفاء، إلاّ أن يثبت العكس أو ينتج عن طبيعة الاتفاقية». ان الخلفاء بصفة كلية مقصودون بالتأكيد بهذا النص، والمسألة الوحيدة هي معرفة ما إذا كان يطبق أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة. وينبغي، إضافة إلى ذلك فهم «اشترط» في المعنى الواسع «التعاقد» طالما أن أصحاب العلاقة يتلقون الديون (عليه) والديون (له) على حد سواء من سلفهم. وهذا ما فعلته محكمة النقض.

فالغرفة المدنية الأولى، بعد أن ذكّرت، في 2 حزيران 1987[1]، بأنه حسب المادة 1122 «من المفترض أنه جرى الاشتراط للذات وللورثة، وينتج عن ذلك أن الورثة ملزمون بموجبات مورثهم»، نقضت، لانتهاك هذا النص، حكماً أبطل اتفاقيات تنتمي إلى الإيجارات الريفية وتتناول أموالاً شائعة كان قد أبرمها أحد المالكين على الشيوع الذي توفي بعد ذلك، بدون موافقة الآخرين. وكان الحكم المطعون فيه قد استبعد سبب التسويغ الي تمسك به المستأجر بأن «أخصامه الملزمين بموجبات مورثهم كان عليهم ضمانه»، أي ضمان التمتع الهادىء بالأماكن المؤجرة، بالملاحظة أن هؤلاء الورثة «لم يتصرفوا بصفة ورثة وإنما بصفة شركاء في الشيوع». وبالنسبة إلى محكمة النقض «إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن المدعين «الذين قبلوا الوراثة بلا قيد أو شرط كانوا ملزمين بموجب

(1) النشرة المدنية، I، رقم 177، صفحة 133.

الضمان تجاه اتفاقيات أبرمها مورثهم، انتهكت» المادة 1122 من القانون المدني.

إن الخلفاء بصفة كلية ليسوا الغير أيضاً بمعنى المادة 1321 من القانون المدني التي تنص على أن: «الكتب المضادة لا يمكن أن يكون لها مفعول إلاّ بين الفريقين المتعاقدين: وليس لها على الإطلاق مفعول ضد الغير».

وسوّغت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 4 آذار 1981[1]، حكم نقض لانتهاك هذا النص بالملاحظة «أن الذمة المالية للشركة الأوروبية للتمويل كانت قد آلت إجمالياً إلى مصرف البحر المتوسط في فرنسا، ولم يكن هذا المصرف الغير بمعنى المادة 1321 من القانون المدني في ما يتعلق بالقروض التي أعطاها المصرف الذي جرى امتصاصه، وأن السيدة Smadja يمكن قبولها لكي تثبت حسب القانون العام، تجاه المتعاقدة، صورية العقود الموثقة».

غير أن الورثة أصحاب الحقوق المحفوظة، رغماً عن صفتهم كخلفاء بصفة كلية، يستنفيدون من حق خاص بهم في حماية حصصهم في ذمة المتوفى المالية الذي لا يستطيع التصرف بها بصفة مجانية. وبإمكانهم، لحملهم على مراعاة ذلك، إقامة دعوى تخفيض التبرعات التي تتجاوز نصاب الوصية. فيقيمون هذه الدعوى كالغير بالنسبة إلى مورثهم، مما يجيز لهم بصورة خاصة أن يمارسوا، بهذه الصفة، دعوى إعلان الصورية ضد التبرعات المستترة التي يقوم بها مورثهم والتي تعتدي على حصصهم المحفوظة.

يضاف إلى ذلك أن المبدأ الذي طرحته المادة 1122 من القانون المدني يتضمن استثناءين.

بإمكان الفريقين أولاً أن يشترطا، بشكل سليم، أن العقد لن يقيد الورثة. فيكون الإيجار معقوداً مثلاً طيلة حياة المستأجر.

ثم إن طبيعة العقد يمكن أن تستبعد منه الموجب. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الاتفاقيات المبرمة بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه.

ويطبق هذا الحل بالطبع عندما يستدعي العقد، كالوكالة، بين الفريقين ثقة خاصة تماماً. ولذلك، وحسب المادة 2003 من القانون المدني، «عندما تنتهي الوكالة بوفاة.. إمّا الموكل وإمّا الوكيل». والأمر كذلك، بصورة عامة، عندما يكون العقد قد أبرم آخذاً في الاعتبار صفات المدين الشخصية. فمن يستعين بمحام أو بمهندس معماري ليس ملزماً بأن يستمر مع ولده مثلاً، ولو كان هو نفسه محامياً أو مهندساً معمارياً، في تنفيذ العقد. وبالعكس ليس الورثة ملزمين بتنفيذ موجبات مورثهم. وحسب المادة 1795: «ينحل عقد إيجار العمل بوفاة العامل أو المهندس المعماري أو المقاول».

واستمرار العقود جميعاً، بصورة أعم، التي تتطلب نشاطاً شخصياً للمدين، ولو لم يكن لهذا النشاط أي صفة خاصة، لا يمكن أن تفرض على ورثة المدين. ولا يمكن أن تكون ثمة

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 79، صفحة 65.

تقديمات خدمات إرثية. وبالمقابل تنتقل الموجبات الناجمة عن العقود التي تتناول شيئاً ما إلى الورثة.

وعلى وجه خاص، وحسب المادة 1742 من القانون المدني، «لا ينحل عقد الإيجار على الإطلاق بوفاة المؤجر ولا بوفاة المستأجر». كما أن عقد التأمين، حسب المادة 121 ـ L. 10 من قانون التأمينات، لا يفسخ بقوة القانون بوفاة المؤمَّن، مع مراعاة إمكانية الفسخ بالنسبة إلى وريث المؤمَّن.

333 ـ الخلفاء بصورة خاصة.

الخلف بصورة خاصة هو من لم ينتقل إليه سوى حق محدد عن طريق مورثه. فهو لا يتلقى مجموع الذمة المالية ولا قسماً منها، وإنما يتلقى حقاً منعزلاً. فالشاري مثلاً في بيع عقار أو مؤسسة تجارية هو خلف خاص للبائع. كما أن المستفيد من إيصاء يتناول مالاً محدداً هو خلف خاص للمتوفى.

وهؤلاء الخلفاء بصفة خاصة هم الغير بالنسبة إلى مجمل الأعمال القانونية التي أبرمها مورثهم. والمسألة التي تطرح عملياً هي معرفة ما إذا كان ثمة غيرٌ يبقى بالنسبة إلى العقود المتعلقة بمال أو بحق اكتسبهما.

إن الدائنين أصحاب تأمين عيني أو رهني عقاري أو رهني حيازي مثلاً ينبغي أن يعتبروا، بالنسبة إلى مال مدينهم الذي يتناوله التأمين، خلفاء بصفة خاصة لهذا المدين. فهم يملكون بالفعل حقاً عينياً تابعاً لدينهم. هم يستفيدون بحق التتبع وحق الأفضلية اللذين يعبران بشكل محسوس عن حجية حقهم العيني اتجاه الجميع. ويجاز لهم، في الغالب، إذا لم يكونوا حائزي الشيء الذي يشكل تأمينهم، حجز هذا الشيء لدى الغير إذا كان لهذا الأخير حق عيني آخر عليه، حتى لو كان بين يديه مادياً: إنها ممارسة حق التتبع. يضاف إلى ذلك، باعتبار أن حقهم العيني التابع معدّ لضمان تنفيذ الموجب التابع له في حال عدم تنفيذ المدين، أن الشيء المثقل بالأعباء يباع ويخصص الثمن لحائز الحق العيني بالأفضلية على باقي المدينين. وهكذا يعطيهم حقهم العيني أفضلية في توزيع ثمن بيع المال موضوع هذا الحق: إنها ممارسة حق الأفضلية[1].

ويحتفظ هؤلاء الدائنون بهذه الصفة التي تضاف إلى صفة الخلف بصورة خاصة، ويستفيدون من الحقوق المرتبطة بها[2].

334 ـ الدائنون العاديون.

يقتضي التذكير[3] هنا بأن حقوق الدين، بخلاف الحقوق العينية التي تتناول شيئاً ما،

(1) انظر المدخل العام، رقم 213.

(2) جمع صفاتهم يعطيهم الحقوق الخاصة بالنسبة إلى ممارسة الدعوى البوليانية مثلاً. انظر الرقم 464 اللاحق.

(3) انظر المدخل العام، رقم 214.

موضوعها شخص المدين أو على الأقل نشاطه. وهذا الحق لم يعد يتيح اليوم الاستيلاء على شخص المدين. لم يعد عدم تنفيذ الموجب معاقباً إلاّ بوسائل إكراه أو تعويض توصل في النهاية إلى حجز عناصر موجودات الذمة المالية (أصولها) للمدين لصالح الدائن. وبهذا المعنى، حسب المادة 2092 من القانون المدني، «كل من يلتزم شخصياً ملزم بالقيام بموجبه بالنسبة إلى جميع أمواله المنقولة وغير المنقولة الحاضرة أو المستقبلية»، وحسب المادة 2093 «أموال المدين، رهن مشترك لدائنيه، ويوزع ثمنها بينهم مشاركة إلاّ أن يكون بين الدائنين أسباب مشروعة للأفضلية». وهذا ما يسمى حق الرهن العام للدائنين على ذمة المدين المالية.

ولأن الحق في الدين حق ضد أحد الأشخاص، فإن الأموال الداخلة في موجودات ذمة هذا الشخص المالية (أصولها)، باعتبارها تعود إلى هذا الشخص، مسؤولة عن الديون. ولا يستطيع الدائن أن يحجز سوى الأموال التي يحوزها المدين في آونة إجراء الحجز (عدم وجود حق تتبع) وجميع الدائنين الذين يملكون السلطة عينها يتنافسون في ممارستها (عدم وجود حق الأفضلية). ولا يمكن أن يقارن الدائن، الذي لا يملك أي حق عيني تابع لدينه على مال محدد لمدينه، بالخلفاء بصفة خاصة.

وينبغي كذلك استبعاد[1] ارتباطهم، المؤكد لمدة طويلة، بفئة الخلفاء بصفة كلية[2].

ويمكن، بالتأكيد، بصواب إبداء الملاحظة أنهم، كما الورثة، يجب أن تطالهم، لعدم وجود حق التتبع وحق الأفضلية، التعديلات التي تتم في ذمة مدينهم المالية، ولا سيما مفاعيل العقود الناقلة التي تثريها أو تفقرها، والعقود التي تنشىء الموجبات والتي تؤدي إلى زيادة عدد الدائنين المتزاحمين. إلا أن الدائنين، في حين أن الخلفاء بصفة كلية مقيدون بموجودات مورثهم (أصوله) كما بمطلوباته (خصومه)، وهم أبعد من أن يسددوا المطلوبات، يكوّنون هذه المطلوبات.

يضاف إلى ذلك أن في وسعهم حماية حقهم في الرهن العام بممارسة عدة دعاوى. فالدعوى البوليانية تتيح لهم تقليدياً إعلان عدم حجية الأعمال المنجزة عن طريق الغش تجاه حقوقهم، في حين أن الدعوى غير المباشرة تجيز لهم ممارسة الأعمال التي أهملها مدينهم المعسر، وأن دعوى إعلان الصورية تسمح لهم بأن يثبتوا لصالحهم الحقيقة التي أخفاها الفريقان في عقد سري. ويجيز لهم قانون 25 كانون الثاني 1985، المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية أيضاً، طلب إبطال أعمال الإفقار التي تمت خلال الفترة المشبوهة.

---

(1) انظر بهذا المعنى H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1264 ـ Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 754.

(2) انظر: J. Bonnecase, Condition juridique du créancier chirographaire، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1920، صفحة 103 وما يليها.

الفقرة 2 ـ تصنيف جديد للفرقاء وللغير

335 ـ سنقترح، بعد تقديم النقاش الفقهي الحالي، تصنيفاً جديداً لن يدعي سوى أنه عقلي وعملي بقدر ما يمكن، لأن الهدف الوحيد المنشود هو تسمية الفريق أو الغير الأشخاص الذين هم في وضع مشابه على الصعيد المقصود بمفاعيل العقد ويمتلكون امتيازات مشابهة بالنسبة إلى العقد.

I ـ الجدل الفقهي الحالي

336 ـ تفحص التفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المرتبطين كلياً المبني على التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجيته.

ما أن يتم قبول شخص ممثَّل كفريق في العقد بدون أن يكون قد اشترك في إبرامه[1]، وإنما لأن الموجبات التي أنشأها العقد هي على عاتقه، حتى يكون من المسموح به التساؤل عما إذا كانت صفة الفريق ينبغي أن تنسب أيضاً إلى الأشخاص الذين هم دائنون أو مدينون بموجب العقد، وعلى وجه أعم إلى الأشخاص المرتبطين الملزمين بمفاعيل العقد[2].

ويبدو بداهةً أن هذا التفريق هو المفضل على التفريق الذي يتم أحياناً بين الغير الحقيقي والغير الكاذب، طالما أن الغير الكاذب هو بالضرورة فريق، ما دام أن جميع الذين ليسوا فرقاء هم الغير، في تقسيم كهذا، وبالعكس لا يتم تعريف بعضهم إلاّ بخلاف الآخرين[3].

وإحدى فوائد هذا التفريق بين الفرقاء هي، في ما يختص بالفرقاء المرتبطين، فصل صفة الفريق في إبرام العقد. ويغدو بالتالي من الممكن أن تُنسب صفة الفريق تبعاً للوضع القائم في الآونة، التي يكون فيها هذا التقدير مفيداً، أي بصورة خاصة في آونة تنفيذ العقد وليس في آونة تكوينه. لأنه من المهم، في هذه الآونة، معرفة من هو الملزم في هذا العقد ومن هو ملزم بمراعاة الوضع القانوني الذي أنشأه. والحال أنه مما لا جدال فيه أن حائزي المفاعيل الملزمة للعقد لن يكونوا بالضرورة، في آونة تنفيذه، من أبرمه في الأصل[4].

---

(1) انظر على سبيل المثال G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه الجزء 1، رقم 262، اللذين يدمجان بالفرقاء الأشخاص الممثَّلين في إبرام العقد.

(2) انظر بهذا المعنى G. Farjat, Droit privé de L'économie، الجزء II، نظرية الموجبات، 1975، صفحة 74 ـ M. Storck, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في ستراسبورغ، منشورات L.G.D.J.، 1982، مقدمة D. Huet Weiller، رقم 48، صفحة 43.

(3) انظر بهذا المعنى، ضمنياً، Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 657، اللذين يحددان الفئة المتغيرة للغير بملاحظة أن بعضهم يصبح فرقاء خلال تنفيذ العقد.

(4) G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، الجزء I، رقم 262، اللذين يلاحظان أن «حلقة الفرقاء ليست محددة نهائياً في آونة تكوين العقد» ـ Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 657، وهما يلاحظان أنه «لتحديد مجال الاتفاقية، لا يكفي التموضع في آونة تكوينها وتسمية الأشخاص الذين يتبادلون الرضا، =

ويمكن، انطلاقاً من هذا التفريق، أن تنسب صفة الغير إلى جميع الذين ليسوا مرتبطين بالعقد وهم يتحملون فقط حجيته أو يستفيدون منها. ويغدو الفرقاء إذاً المقيدين بمفاعيل العقد الملزمة شرط التفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المقيدين.

على أن اعتراضاً أول يبرز فوراً. إن الصيغة تتمثل لأول وهلة كتحصيل حاصل. فالفرقاء المقيدون هم بالطبع الأشخاص الذين تطبق عليهم المفاعيل الملزمة للعقد. والقول إن مفاعيل العقد الملزمة تمتد إلى الفرقاء المقيدين بهذه المفاعيل يعني الإجابة على السؤال بالسؤال عينه، مما يمكن أن يبدو مجرداً من الفائدة كلياً.

بيد أنه يمكن الإجابة على هذا الاعتراض بأن واقعة مواجهة الأشخاص الذين هم مرتبطون بهذا العقد، وليس الفرقاء المتعاقدين، أي الأشخاص الذين أبرموا العقد، تتيح تحديد المجالات الخاصة بالمفعول الملزم للعقد، المخصص للفرقاء، وحجيته التي تهم الغير. وبالأخذ في الحسبان أنه لم يعد أحد يعارض امتداد مفاعيل العقد الملزمة بالتأكيد إلى غير الفرقاء المتعاقدين، أي غير الذين أبرموا العقد، يقود تعريف ضيق للفرقاء، حتى إذا ما أضيف إليهم بعض من يماثلونهم، إلى إدخال فئة وسيطة بين الفرقاء والغير محتواها متغير حسب المؤلفين، أو إذا ما تم قبول امتداد مفاعيل العقد الملزمة إلى الغير الذي هو خارج الاشتراط لمصلحة الغير الوارد في المادة 1165 من القانون المدني، حتى إذا تم الأخذ بالافتراضين في الوقت عينه[1]. فنعود بالتالي إلى مجرد تفريق للقانون الوضعي الذي ليس في عرفه للتفريق بين الفرقاء والغير أي عنصر للحل. ويُشهر التفريق بين الغير الحقيقي والغير الكاذب المستخدم لمدة طويلة بصورة شائعة[2] الحيرة الناتجة عن تعريف ضيق أكثر من اللازم للفرقاء أصبح غير واقعي.

= عند ذلك كفرقاء، والآخرين كغير. إن بعض الأشخاص يتحولون، عند التنفيذ، إلى فرقاء خاضعين لقوة العقد الملزمة. ففئة الغير إذاً متغيرة؛ إنهما يتموضعان في الآونة التي تنتج الاتفاقية فيها مفاعيلها لكي يحددانها». قارن بـ J. Flour et J.L Aubert, Obligations، المجلد 1، رقم 447، وفي عرفهما «تبين حالة الخلفاء الكليين أن التعارض المبتوت به بين الفرقاء والغير، في زمن تكوين العقد، منذور لإعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد، ووضع كل منهما - الفريق أو الغير - عند إبرام العقد تطوري: يتعذر تعديله من كل إلى كل خلال حياة العقد».

(1) انظر: A. Weill et F. Terré, Obligations، الطبعة الرابعة، رقم 506، وهما يفرقان بين الخلفاء والفرقاء ويدخلان معهم الدائنين العاديين والأجانب عن العقد. وفي الطبعة الخامسة للكتاب عينه يصف السادة Terré و Simler و Lequette، المرجع عينه، رقم 459، «بالتعريف الموجز والمقاربة الأولى، مماثلة الفرقاء بالأشخاص الذين إبرموا العقد، والغير بالآخرين جميعاً. على أنهما يفرقان، إلى جانب الأشخاص الخاضعين لمفعول الاتفاقيات النسبي والأشخاص الخاضعين لحجيتها، الأشخاص الموجودين في وسط وسيط»، ويجمعان في هذه الفئة الدائنين العاديين والخلفاء بصفة خاصة والمتعاقدين الآخرين في مجموعات عقود. انظر: J. Flour et J.L. Aubert، المرجع عينه، المجلد 1، الطبعة الخامسة، رقم 435 وما يليه، وعنوان الفقرة 3: «الأوضاع الوسيطة بين وضع الفرقاء ووضع الغير» المتعلقة بالخلفاء بصفة خاصة والدائنين العاديين. وقد عدل السيد Aubert، في الطبعة السادسة من المؤلف عينه هذا التقديم.

(2) انظر على سبيل المثال Ch. Larroumet, Obligations، رقم 752.

يمكن بالتالي أن يبدو من الأسهل التفريق بين الفرقاء، المعرّفين كأشخاص مقيدين بمفاعيل العقد الملزمة، والغير الذي هو ملزم فقط بمراعاة هذه المفاعيل، بدون أن يكون فاعلاً أو منفعلاً. وهذا يعود إلى التموضع في آونة تنفيذ العقد وليس في آونة تكوينه، لتحديد مجال هذا التنفيذ، مما يبدو جوهرياً.

337 ـ إقامة وزن لدور الإرادة كمعيار للعقد يقود إلى رد هذا التصنيف.

يتعذر على وجه العموم قبول كون الأشخاص غير الموافقين مقيدين بالعقد إلاّ بشرط إعادة إرادة الفريقين إلى موضعها الصحيح، أي رفض تطبيق مبدإ سلطان الإرادة كمعيار وحيد لمجال مفاعيل العقد الملزمة.

وبالفعل يتيح مذهب سلطان الإرادة أن لا يستنتج على الإطلاق مجال مفاعيل العقد الملزمة من تحديد حلقة الأشخاص الذين أرادوها. فيكفي عند ذلك التحقق من الأشخاص الذين ينبغي أن يكون تطبيق القانون الوضعي لمفاعيل العقد الملزمة عليهم في محله أو بالأصح البحث عنهم، تبعاً لمبدأي المنفعة الاجتماعية والعدالة العقدية.

على أنه يقتضي الأخذ في الحسبان أن رد مذهب سلطان الإرادة يجب أن لا يُفهم كمذهب الدور الأساسي لتوافق إرادات من هم أهل للحق كطابع خاص بالعقد بالنسبة إلى مصادر إنشاء الموجبات القانونية الأخرى.

وقد بدا لنا، انطلاقاً من هذه الملاحظة[1]، من المهم الاعتبار أنه لا يمكن أن يكون ثمة عقد وفرقاء مقيدون بهذه الصفة بمفاعيل العقد الملزمة إلاّ بمقدار ما يكون هذا الرباط موضوع إعلان صريح للإرادة. وعليه، وطالما أن إرادة الفرد لم يكن لها أي دور في إنشاء الرباط الملزم، لا يمكن أن ينتج هذا الرباط عن العقد. ويغدو وصف الفريق عند ذلك غير ملائم، ونكون أمام غير، مقيد بالتأكيد بالعقد، كشذوذ استثنائي عن مبدإ مفعوله النسبي، وإنما لا يمكن وصفه كفريق، ولا كفريق كاذب، وهي تسمية ملتبسة تعود في الواقع لتسمية الفريق كما رأينا. إن الأمر يتعلق بغيرٍ حقيقي، بمعنى أن إرادته لم تشارك بأي صورة كانت ولا في أي آونة في إنشاء الرباط الملزم الذي يستفيد منه أو يتحمله بمجرد مفعول القانون الوضعي. ويتعلق الأمر هنا بامتداد قوة العقد الملزمة الذي يقود هنا أيضاً إلى رفض النتيجة المستنتجة من مذهب سلطان الإرادة الذي بمقتضاه لا يمكن أن يلزم شخص ما بتطبيق عقد لم يوافق عليه.

وإذ ذاك يجب أن يخصص وصف الفريق بالأشخاص الذين شاركت إرادتهم في إنشاء الرباط العقدي وحدهم، ولا تهم، بالإضافة إلى ذلك، الآونة التي جرى فيها إبداء هذه الإرادة ولا طريقة هذا الإبداء، فيكفي عند ذلك، ومما لا غنى عنه أيضاً، أن يكون إبداء الإرادة فعلياً.

---

(1) انظر مفاعيل العقد، الطبعة الأولى، 1992، رقم 572 وما يليه، بالنسبة إلى عرض هذا المعيار والعمل به.

وقد اقترحنا، انطلاقاً من هذه الملاحظات، تصنيفاً جديداً يفرق، من جهة أولى، بين الفرقاء، ومن جهة ثانية الغير المقيد بمفاعيل العقد الملزمة. وكان المبدأ الذي ارتكز عليه هذا التفريق أنه ينبغي أن يوصف بالفرقاء الأشخاص جميعاً، سواء أبرموا العقد أم لا، ما دام أنهم مقيدون بمفاعيله الملزمة وكانوا كذلك بموجب إبداء فعلي للإرادة.

غير أن هذا التحليل والتصنيف المستنتج منه اصطدما بنوعين من النقد، متناقضين ظاهرياً، وإنما في الواقع تكميليين وبنّاءين أيضاً، من الممكن انطلاقاً منهما محاولة تحديد التفريق بين الفرقاء والغير بدقة.

لن نأتي هنا، في سبيل تجنب ترداد مضجر، على ذكر التصنيف المقترح في الطبعة السابقة[1] من هذا المؤلف الذي لن يظهر إذاً إلاّ عبر الانتقادات التي تعرض لها. ولا أهمية لذلك طالما أن الأمر لم يكن متعلقاً إلاّ بمحاولة أولى كانت لها ميزة إثارة ما يكفي من ردات الفعل الفقهية لكي تكون اليوم ممكنة، وستتابع، انطلاقاً من هذه الملاحظات، التفكير بانتظار انتقادات أخرى.

338 ـ انتقادات السيد Jean - Luc Aubert.

جرى التعبير عن هذه الانتقادات في مقالة ملفتة في المجلة الفصلية للقانون المدني لعام 1993، سنكتفي بالتذكير منها بالعناصر الأساسية لمتابعة هذه الدراسة، بدون الادعاء بتحليلها بطريقة تامة مطلقاً[2].

يلخص هذا المؤلف أولاً بشكل موضوعي التصنيف الذي اقترحناه بهذه العبارات[3]: «يوصل مسعى السيد Ghestin، في النهاية، إلى اقتراح للتصنيف يواجه: الفرقاء من جهة أولى ـ فئة ينجم تجانسها عن تطلب تجميع موجب بمفعول العقد وإرادة ملزمة بهذا المفعول، عدا التفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المقيدين للتمييز بين الفرقاء المتدخلين منذ تكوين العقد والفرقاء الذين لم يرتبطوا بالعقد إلاّ بصورة لاحقة. ومن جهة أخرى الغير الذي يوجد مبدأ وحدته في غياب أي إرادة مبداة بالنسبة إلى المفعول الملزم للعقد، وإنما ينشطر إلى غيرٍ «مقيد» من جهة، يطاله المفعول الملزم للعقد بفعل القانون، وغيرٍ بالمفهوم الروماني (penitus extranei) يخضع فقط لمبدأ حجية العقد».

يأخذ السيد Aubert أولاً على هذا البناء أنه قدم فئتين من الفرقاء والغير هما «متجانستان للغاية»[4]. إلاّ أنه يبدو أن هذا الاعتراض غير ملائم. ينبغي ويكفي أن يكون لجميع المواضيع المصنفة في فئة واحدة طابع جوهري مشترك ودائماً متشابه. وليس من الضروري إطلاقاً أن تكون هذه المواضيع كافةً متماثلة في النقاط جميعاً حتى ولا متشابهة.

---

(1) المرجع عينه، رقم 573 وما يليه.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 263 وما يليها.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 268، رقم 23.

(4) المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 269، رقم 26.

يكفي التمسك بحاصل التقسيم بين المنقول وغير المنقول والتنافر الشديد بين بعضها وبعضها الآخر للاقتناع بذلك.

والاعتراض المستنتج[1] من أن «التفريق المقترح يكرس الالتواء الذي يصعب فهمه» هو أكثر وثاقة بالموضوع. والمثال المعطى عن التعارض بين «الأوضاع القانونية المتشابهة مع ذلك» كوضع المتنازل له عن العقد الذي استبدل فيه المتنازل في مختلف العلاقات العقدية الذي يبقى غيراً «في حين أن الوريث الذي نحل هو نفسه بديلاً عن المتوفى في الحقوق والواجبات الناشئة عن العقد المبرم من قبله يصبح فريقاً».

كما أن الاعتراض المستنتج من الطابع التناقضي لصفة الفريق المطبقة على الغير المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير الذي توقف عن أن يشكل شذوذاً قانونياً عن مبدإ المفعول النسبي للعقد وثيق الصلة بالموضوع[2].

ثم يصوغ السيد Aubert انتقاداً أساسياً أكثر بالتساؤل عن منفعة التفريق المقترح والملاحظة أنه لا يصلح «التحديد حقل المفعول النسبي للعقد، طالما أن الأشخاص المرتبطين به، ولا سيما بمجموعة الحقوق والموجبات التي يولدها، هم منقسمون بشكل صريح بين وضعي الفرقاء والغير».

إن الانتقاد له أساسه ولذلك تفرسنا في زمن أول في تفريق بين الفرقاء المتعاقدين والفرقاء المرتبطين مبني كلياً على التفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجيته[3]. بيد أن هذا التفريق لا يأخذ في الحسبان الدور الخاص للإرادة، وبشكل أدق توافق الإرادات كمعيار للعقد. ولذلك اعتقدنا وجوب استبعاده في النهاية.

غير أن الانتقاد إذا كان مسوّغاً يجب أن يطبق أيضاً على التفريق التقليدي. وبالفعل إذا كان التصنيف التقليدي يطرح مبدأ التعويض الذي يجعل الفرقاء متزامنين مع المفعول الملزم، والغير مع مجرد الحجية، فإنه يكون مجبراً، كما اعترف بذلك السيد Aubert، على شطر فئات الغير الوسيطة الخاضعة إلى حد ما للمفعول الملزم، مما يبدو أنه ينزع أيضاً إلى نزع أي منفعة عن التصنيف التقليدي. والتصنيفان، من وجهة النظر هذه، لهما «المنفعة» عينها مما يمكن أن يكون لصالح الوضع الراهن الذي يوصي به السيد Aubert. إلاّ أن منفعة الوصف ليست تسهيل تحديد مجال المفعول النسبي ومجال حجية العقد إلاّ بالتبعية. إنها بشكل خاص تسمي، أي تصف الأشخاص الذين لهم نظام معين مشترك ولاسيما، كما سنرى، بعض الامتيازات الأساسية تجاه العقد.

وبعد أن ذكّر هذا المؤلف بمعيار وصف الفريق المستنتج من تطلب إبداء الإرادة الفعلية

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 29.

(2) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 29.

(3) انظر الرقم 336 اللاحق.

الذي ساهم فعلياً في إنشاء الرباط الملزم لكي يقبل ويصبح دائناً أو مديناً بموجب العقد، يعارض العمل بمقتضاه.

إن السيد Aubert لا يعارض صفة الفرقاء المنسوبة إلى الأشخاص الممثَّلين، وكذلك إلى من يصدر وعداً بالحصول على موافقة الغير. وبالمقابل يعارض[1] وصف الفريق المطبق، بموجب المعيار الذي جرى التذكير به، «على المستفيد من الاشتراط لمصلحة الغير وعلى الخلفاء الكليين أو بصفة كلية وعلى المتنازل لهم عن العقد».

ويأخذ، بالنسبة إلى الغير المستفيد الذي يقبل الاشتراط الحاصل لمصلحته، بأن إرادته «في أن يصبح دائن الواعد»، أو بالأصح «في أن يحتفظ بصفة الدائن المنشأة لمصلحته».. «متميزة بشكل كافٍ تجاه الحق في الدين العقدي المصدر».

ويعارض، بالنسبة إلى الخلفاء الكليين، بصواب بأن قبول الخلافة يصعب مماثلته بالإرادة في أن يصبح فعلياً دائناً أو مديناً استناداً إلى العقد، بمقدار ما، كما يلاحظ، «يصبح الوريث القابل مقيداً بعقد عرفه تماماً وبعقد يمكن أن يكون جاهلاً له».

ويستعيد أخيراً الاعتراض الذي سبقت صياغته في شأن صعوبة التوفيق بين الحل المعتمد بالنسبة إلى الورثة وتصنيف المتنازل لهم عن العقد كغير، ولا سيما أن بعضهم، حتى بالأخذ بالتنازلات القانونية، لديهم تماماً الإرادة «الصريحة والطوعية.. في تلقي مجموعة حقوق المتنازل وموجباته». إن الانتقاد له أساسه بصورة لا تقبل الجدل.

ويلاحظ السيد Aubert أخيراً[2] أن الإرادة المعتمدة تأخذ معنى ومدى مختلفين حسب الحالات مما يضر بلا جدال باستخدامها.

وبالمقابل ليست الملاحظة[3] التي يبدي فيها أن «القول، كما فعل السيد Ghestin، إن المتنازل له عن عقد يبقى غيراً، يعني أن انتهاكه موجبات العقد المتنازل عنه لا يعود إلى المسؤولية العقدية مما هو على الأقل موضع شك»، وثيقة الصلة بالموضوع. والحقيقة أن مسؤولية الذي يكون، بغض النظر عن صفته كفريق أو غير، مرتبطاً بمفاعيل العقد الملزمة، هي بالضرورة عقدية ما دام أنه انتهك موجباته العقدية.

والانتقاد الذي يصف فعل التموضع، كما اعتقدنا وجوب الإقدام عليه، «في مرحلة التنفيذ»، هو «انزلاق»، منازع فيه. وسنعود إلى هذا الموضوع ذلك بأنه عنصر جوهري في أي تصنيف عقلي للفرقاء وللغير.

والملاحظة[4] التي بمقتضاها، بالمقابل، ينبغي التفريق بعناية بين ما هو مفعول ملزم للعقد وانتقال الموجب، وهامة للغاية. وكذلك بالنسبة إلى ضرورة «إيضاح الطريقة التي يتركز

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً صفحة 273 وما يليها، رقم 41 وما يليه.

(2) المقالة المستشهد بها سابقاً، صفحة 274، رقم 45.

(3) المقالة السالفة الذكر، صفحة 274، رقم 46.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 275، رقم 50.

بمقتضاها مختلف هؤلاء الأشخاص على التوالي بدقة متناهية، بالنسبة إلى هذا المعطى الوحيد الذي يشتمله العقد كما جرى إبرامه: هل انضموا إليه، وهل انتقلت إليهم الحقوق والموجبات المختلفة التي ولدها، وهل أن النقل لم يكن محدداً بهذا الموجب أو ذاك، الخ . . ؟»[1].

وختاماً[2] يدعو السيد Aubert إلى الأخذ بالوضع الراهن، ويقدم كسبب رئيسي لذلك أن المادة 1165 تغدو «نصاً خاصاً بصورة ضيقة. . نص آونة، هي آونة تكوين العقد المعني»، وأن موضوعه يصبح «فورياً بصرامة، فلا يكون بإمكان الفرقاء، بإرادتهم وحدها، إنشاء موجب على عاتق الغير»، وأنه «أيضاً لا يعني أبداً رأياً مسبقاً مما يمكن أن يحصل للعقد والحقوق والواجبات التي يكوّنها ما دام أنهم يجدون أنفسهم سجناء التجارة القانونية.

على أنه يقبل، بمفعول القانون أو بإرادتهم، «أن يكون الغير المنصوص عليه في المادة 1165 مرتبطاً بهذا المتعاقد أو ذاك، حتى بالإثنين معاً»، مما يطرح مسألة معرفة ما إذا كان هذا الغير «خاضعاً، لهذا الاعتبار أو ذاك، للموجبات التي أنشأها العقد» عند ذلك في ما يتعلق «بمفعول غير مباشر للعقد، وهو مفعول ينتج (احتمالياً) بواسطة هذا الرباط القانوني الذي يربط الغير بالمتعاقد، وليس بمفعول إرادة الفرقاء وحدها».

كما يلاحظ أيضاً[3] أن المقصود عند ذلك حياة الموجب «سواء جرى اعتبارها لوحدها أو كانت إجمالياً مع حزمة الحقوق والموجبات التي ينظمها العقد». وفي عرفه يمكن أن يكون عند ذلك ثمة نقل «تارة لموجب واحد أو أكثر ـ حوالة الدين (له) أو الدين (عليه) ـ وطوراً لمجموعة كاملة من الحقوق والموجبات أنشأها العقد ـ تنازل عن «العقد» أي «مع مجموعات عقود» بصورة خاصة ـ كتوسع لمدى موجب أو عدة موجبات يدعي، بدون أن ينقطع عن إلقاء ثقله على الفريق الأصلي، تطبيقها أيضاً على غيره: احتمال غير آخر مرتبط» وهذا الحل الثاني، بالنسبة إلى السيد Aubert، «هو بالتالي أكثر إقلاقاً، على الأقل قبلياً، بمقدار ما يطمح إلى تشويه الموجب كما أنشأه العقد».

وفي عرف السيد Aubert أخيراً «تحدد الخيارات التي يتم الأخذ بها على هذا النحو تارة انتقال الغير إلى حقل الفرقاء ـ أو بالعكس ـ وطوراً مراعاة الأوضاع الهجينة ـ لا فرقاء في الحقيقة ولا غير». وبالنسبة إليه «لا تبين نتائج كهذه سوى الطابع غير المحدود للتفريق بين الفرقاء والغير وتغيره على صعيد التنفيذ. وهذا التحقق ليس صادقاً ولا قبيحاً ولا محيراً، وإذا كان يمكن وهو متطرف أحياناً، أن يمجّه الميل إلى التركيب، فله على الأقل مزية توسل الصفة الأولى للقانوني مباشرة: فن التفريق».

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 276، رقم 53.

(2) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 276، وما يليها، رقم 54 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 277، رقم 57.

339 ـ التمسك بالتفريق التقليدي هو مع ذلك غير ملائم.

إذا كان بعض الانتقادات أو الملاحظات، كما سبق أن لاحظنا، التي صاغها السيد Aubert تجاه اقتراحاتنا الأولية، مبنياً على أساس بلا جدال، فإننا نستمر في التفكير في أن التمسك بالتحليل «التقليدي» الذي ينادي به غير ملائم على الإطلاق.

ثمة توافق في أول الأمر على التنكر للنفخ المبالغ فيه لفئة الغير التي يؤدي إليه، بالضرورة، طابعها غير المتجانس حتى غير الواقعي أحياناً الذي ينزع عنها عملياً أي ميزة. فإدخال فئة هجينة بين الفرقاء والغير، على سبيل استعادة صيغة السيد Aubert، لا ينظم شيئاً. وعندما لا يتم تعريف الغير، في المفهوم التقليدي، إلاّ كفئة متبقية، بمجرد تعارضه مع الفرقاء، لا يمكن أن يكون ثمة ما هو هجين منطقياً. فمنطق المفهوم التقليدي ذاته يفرض الاعتبار أن الأشخاص جميعاً الذين ليسوا فرقاء هم الغير، بحيث أن الفئات الهجينة المزعومة لا يمكن أن تكون في الواقع سوى تنوع خاص للغير.

ثم يبدو من الصعب مماشاة السيد Aubert عندما يؤكد أن المادة 1165 هي «نص آونة، آونة تكوين العقد المعني». فمجرد قراءة هذا النص يبين أنه يقصد مفعول الاتفاقيات، وهذا ما يهم بالطبع تنفيذ العقد وليس تكوينه. لا شك في أنه يحدد صراحة هذا المفعول «بالفرقاء المتعاقدين». بيد أنه من المقبول اليوم من الجميع، بمن فهم السيد Aubert، إن مفاعيل النص غير محدودة بهؤلاء الفرقاء، سواء تعلق الأمر بالحجية حتى بالمفعول الملزم. فالمادة 1165 إذاً ليست أي نجدة في الجدل الفقهي الذي يهدف إلى تعريف فئات الفرقاء والغير، مع الأخذ القانون الوضعي في الحسبان إلى أقصى ما يمكن، وإنما بدون التقيد بنص لم يعد متوافقاً بصورة جلية مع الواقع الحالي للقانون الوضعي.

ويبدو لنا أخيراً من الجوهري الأخذ في الحسبان أن الموجبات الناشئة عن العقد ليست وحدها قابلة للنقل وإنما كذلك الأوضاع العقدية نفسها، أي، على ما يبدو، صفة الفريق. إن صفة الفريق، كما سبق أن اعتمدها مؤلفون آخرون، كما رأينا، يمكن أن يكون مصيرها الفقدان[1]. إن السيد Aubert يأخذ، إضافة إلى ذلك، «بأن حالة الخلفاء الكليين تبين أن التعارض المبتوت به بين الفرقاء والغير في زمن تكوين العقد منذور لإعادة النظر فيه على صعيد تنفيذ العقد. فقد كتب: «إن وضع كل واحد ـ الفريق ـ والغير ـ تطوري عند إبرام العقد: يمكن أن يتعدل من كل إلى كل خلال حياة العقد. إذن لا يمكن تحديد فئة الفرقاء بالأشخاص الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بواسطة التمثيل.

ولذلك أيضاً لا يمكن استنتاج صفة الفريق عن طريق إقامة وزن لرضا الفرقاء المتعاقدين وحده لتقدير صحة العقد. فهذا المعيار أولاً يبدو أنه يطبق هو نفسه بصعوبة على الأشخاص الذين كانوا موضوع تمثيل قانوني، ورضا الممثّل بالنسبة إليهم هو الذي يجب أن

(1) J. Flour et J. - L. Aubert، المرجع عينه، الجزء 1، الطبعة السادسة، 1994، صفحة 445.

يقام له وزن، في حين أن الممثِّلين الذين لهم، حسب المفهوم التقليدي نفسه، صفة الفرقاء. ثم أن ذلك، وعلى وجه خاص، لا يهم إلاّ صحة العقد، في حين أن مفاعيله، مرة أخرى، تتعلق بتنفيذه.

وعلى صعيد مجرد مفردات اللغة، المهمة جداً في المادة القانونية، عندما يصبح مكتسب ملكية مقاولة مستخدم أجرائها، يبدو من الصعب وصفه بالغير بالنسبة إلى عقد العمل. وإذا ما ورد بند عدم المنافسة في أحد هذه العقود ينبغي القول، بين الفريقين، إن انتهاك الأجير هذا الموجب يؤدي إلى مسؤوليته العقدية، في حين أن هذا الانتهاك عينه من قبل الغير المتواطىء يؤدي إلى مسؤوليته التقصيرية. وبين التصنيف الجديد والمصطلح الذي يستدعيه هنا ضرورتهما لمجرد سبب تربوي ومنطقي.

والتصنيف بين فرقاء وغير لا يمكن أخيراً أن يكون منطقياً، مفهوماً ومستعملاً بفعالية إلاّ كمجموع منقسم: كل شخص ليس فريقاً في آونة محددة هو غير بالضرورة.

يبقى أن العديد من اعتراضات السيد Aubert على اقتراحاتنا الأولية مسوّغة تماماً. كيف تتم إذاً معالجة عيوب التصنيف التقليدي مع الإفلات من الانتقادات المشروعة المصاغة ضد التفريق الجديد الذي اقترحناه في الطبعة الأولى من هذا المؤلف؟ إن في مقالة حديثة للسيدة Gelfucci - Thibierge مكرسة لاقتراحاتنا وانتقاد السيد Aubert عناصر الحل.

340 ـ انتقادات السيدة Gelfucci - Thibierge واقتراحاتها الجديدة[1].

تذكّر السيدة Gelfucci - Thibierge أولاً «بالمفهوم التقليدي للتفريق»[2]. وهي تقدم «المفهوم الضيق للتفريق» المحدود بالأشخاص الذين أرادوا إبرام العقد. وتعارض فوراً وعن وجه حق مماثلة الأشخاص الممثَّلين والخلفاء الكليين بالفرقاء المحددين على هذا النحو. وتلاحظ، في ما يتعلق بالتمثيل القانوني للقاصر أو الراشد الموضوع تحت الوصاية، أن صفة الفريق تعود هنا إلى مفعول القانون الذي أنشأ نظام التمثيل القانوني أكثر مما تعود إلى إرادة الفريق غير الفعالة قانوناً». أما خلفاء الفرقاء فإنهم أصبحوا دائني المتوفى أو مدينيه بمفعول القانون أيضاً، إذ ينتج هذا المفعول «خارج إرادتهم في أن يكونوا فرقاء في هذا العقد طالما أنه ينتج حتى ولو جهلوا وجوده، على الأقل لأنهم لم يرفضوا الوراثة».

أما بالنسبة إلى الغير فهي تذكّر بالتقسيم بين الغير الآخر «كفئة متبقية وغير محددة» و «بالغير الكاذب.. كفئة وسيطة وشاذة».

ثم تعرض هذه السيدة[3] «اقتراحنا بتوسيع مفهوم الفريق» الذي يضم «جميع الأشخاص

---

(1) De l'élargissement de la notion de partie ou contrat.. à l'élagissement de la portée du principe de l'effet relatif، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 275 وما يليها.

(2) المقالة المذكورة آنفا، رقم 6 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 11 وما يليه.

المرتبطين برضاهم الفعلي بمفاعيل العقد الملزمة» والذي «ينتج عن فهم للعقد مندرج في الزمن»، وليس عن تحقق دقيق قائم لدى إبرام العقد، مما يقود إلى التفريق بين الفرقاء في آونة تكوين العقد والفرقاء في آونة تنفيذ العقد.

بعد ذلك تقدم السيدة Gelfucci - Thibierge انتقادات السيد Aubert ضد هذا الاقتراح الجديد[1]، وتضيف إن «المعيار الإرادوي الذي أخذ به السيد Ghestin يجبره، لتسويغ وصف الأشخاص الممثَّلين قانوناً كفرقاء، على اللجوء إلى حيلة قانونية، رغماً عن التحفظات تجاه الحيل القانونية عموماً»، وترفض عن وجه حق هذه العودة إلى إرادة وهمية لتسويغ قاعدة قانونية. وفي عرفها[2] «إن اختيار هذا المعيار الوحيد للإرادة، بشكل أعم، لتحديد صفة الفريق في العقد، هو الذي يولد الحلول المنازع فيها التي يرفضها السيد Aubert».

ثم كتبت، انطلاقاً من ذلك، «يبدو أنه يمكن أن تستخرج من قساوة الانتقادات الموجهة وصلتها الوثيقة بالموضوع خلاصتان متناقضتان كلياً:

ـ إمّا أن نستنتج أن التفريق الجديد المقترح غير ملائم، فنرفضه بالتالي للعودة إلى مفهوم تقليدي للتفريق بين الفرقاء والغير. وهذه هي الخلاصة التي تبتعد منطقياً عن مقالة السيد Aubert. وذلك يعني احتقار فائدة التجديد المقترح وضرورة أن تتطور النظرية العامة وأن تتكيف مع الوهج المتنامي للعقد إلى أبعد من حلقة الذين أبرموه.

ـ وإمّا، على العكس، الاستنتاج أن التفريق المقترح، ولا سيما لمفهوم الجديد الموسع للفريق، هو صحيح في مبدئه لأنه يتيح هذا التطور الضروري لمدى مبدإ المفعول النسبي، ولكنه لا يبتعد كفاية في تخليه عن مفهوم إرادوي صلب للعقد؛ وفي هذه الحالة يتعلق الأمر، مع الحفاظ على المبدإ، بالتفكير مجدداً في المعايير والعمل بها».

وأضافت عند ذلك «يتمسك السيد Ghestin، كمعيار لصفة الفريق بمعيار الإرادة، وإنما مع توسيعه؟ ولا يعود الأمر متعلقاً فقط بإرادة إبرام العقد، وإنما، وبشكل أعم، بإرادة الارتباط بالعقد. والحال أن جميع انتقادات السيد Aubert تسقط تقريباً إذا لم تخضع صفة الفريق لهذا المعيار الإرادوي الوحيد. إلا أن انتقاداً واحداً يبقى: الانتقاد المرتكز على البرهنة على الطابع التطوري لمفهوم الغير والفرقاء، من أجل عدم استخدام التفريق إلاَّ في مرحلة تكوين العقد». بيد أنها تلاحظ حول هذه النقطة أن «هذا المفهوم ينجم عن فهم تقليدي للنظرية العامة للعقد، بشكل مباشر ولكنه غير ضروري. وبالفعل يشدد بعض المؤلفين، مع قبول مبدإ سلطان الإرادة، رغماً عن تراجعه (Ph. Malaurie و L. Aynès، رقم 611)، على الطابع التطوري لمفهوم الغير وبالتالي، تلازمياً، لمفهوم الفريق (Ph. Malaurie و L. Aynès (صفحة 657).

(1) المقالة السالفة الذكر، رقم 15 وما يليه.

(2) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 19.

وعليه تقترح السيدة Gelfucci - Thibierge[1] أن يضاف إلى توسيع مفهوم الفريق في الزمن «توسيع بالنسبة إلى مصدر صفة الفريق». وفي عرفها «يبين القانون الوضعي بالفعل أن هذا المفهوم يمكن أن لا ينتج عن الإرادة وحسب وإنما أيضاً عن القانون». يضاف إلى ذلك «في حين أنه من المقبول عموماً اليوم أن القانون ينشىء قوة العقد الملزمة، وأنه يساهم في تحديد المحتوى حتى في تعديله، فلا شيء يمنع قبول إمكانية القانون أيضاً في نسبة صفة الفريق في العقد إلى شخص يوافق عليه عندما تفرض الأوامر الأسمى من إرادته ذلك». وفي عرفها[2] «بإمكان الفرقاء إذاً أن يعتبروا أنفسهم أشخاصاً خاضعين للمفعول الملزم للعقد بفعل إرادتهم أو بفعل القانون». وتحدد في مكان أبعد أن «الحد الوحيد، في الواقع، الناجم عن مبدإ المفعول النسبي هو التالي: لا يمكن أن يصبح الشخص فريقاً بفعل إرادة الغير وحدها».

وتفرق السيدة Gelfucci - Thibierge، انطلاقاً من هذا التعريف، في أول الأمر، بين «الفرقاء في آونة تكوين العقد»[3]، بين «الفرقاء بفعل إرادتهم»[4]، وهم الأشخاص «الذين إبرموا هم أنفسهم العقد أو الذين أبرموه عن طريق ممثل متفق عليه» و «الفرقاء بفعل مزدوج للقانون وللإرادة ممثل»[5]، وهم «الأشخاص الممثَّلون قانوناً». وتقوم بعد ذلك بالتفريق عينه بين «الفرقاء في آونة تنفيذ العقد»[6]. وتعدد أولاً «الفرقاء بفعل إرادتهم»[7]، أي الأشخاص الذين هم الغير بالنسبة إلى العقد في الأساس ثم أصبحوا إرادياً فرقاء بعد إبرامه»، أي «المتنازل له عن العقد الذي جاء بديلاً عن أحد الفريقين بفعل تنازل اتفاقي عن العقد» و «بفعل الشخص الذي صادق على التزام من تعهد بالحصول على موافقته عند توقيع العقد». ثم تعدد بعد ذلك «الفرقاء بفعل القانون»[8] الذين حلوا محل أحد الفرقاء «بفعل نص قانوني». فالأمر يتعلق بالنسبة إليها «بخلفاء كليين وبصفة كلية» و «بالأشخاص المستبدلين بأحد الفرقاء بفعل تنازل قانوني عن العقد الأساسي». وتلاحظ «أن الوصف في شأن هذه الفئة الأخيرة مختلف عن الوصف الذي نادى به السيد Ghestin». وعلينا فوراً القبول أن السيدة Gelfucci - Thibierge تصف بصواب هذه الفئة من الأشخاص بين الفرقاء.

وتتساءل هذه السيدة أخيراً[9] حول ملاءمة دمج «المتعاقدين الثانويين المرتبطين فقط ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» في هذه الفئة من الفرقاء، مما قادها إلى التساؤل عما

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 24.
(2) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 25.
(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه.
(4) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 27.
(5) المقالة المذكورة آنفاً رقم 28.
(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.
(7) المقالة المشار إليها سابقاً، رقم 30.
(8) المقالة السالفة الذكر، رقم 31.
(9) المقالة الآنفة الذكر، رقم 31.

إذا كان يمكن لأحد الأشخاص أيضاً «اكتساب صفة الفريق بفعل قاعدة اجتهادية»، إذا ما فهمنا القانون «في معنى مادي».

أما بالنسبة إلى الغير فإن السيدة Gelfucci - Thibierge[1] تعرّفه بصورة منهجية «كأي شخص غير خاضع للمفعول الملزم للعقد بفعل إرادته أو بفعل القانون»، مما «يجمع فئتين من الأشخاص»، من جهة أولى «الغير غير الخاضع للمفعول الملزم للعقد»، أي الغير الشاذ، والدائنين العاديين لأحد الفرقاء، والخلفاء بصفة خاصة، ومن جهة ثانية «الغير الخاضع للمفعول الملزم للعقد» أي، بالنسبة إليها، المستفيد من اشتراط المصلحة الغير بشكل أساسي».

341 ـ اقتراح معيار جديد مستنتج من الطابع الخاص لإجراء تكوين المعايير العقدية، توافق الإرادات[2].

من الصحيح أنه ما أن يتم قبول أن صفة الفريق يمكن اكتسابها بعد إبرام العقد، النقطة التي لا نظن وجوب العودة إليها لأسباب سبق عرضها، حتى لا يعاد النظر في نمط تكوين العقد بتوافق الإرادات، الذي يعطيه خاصيته، عن طريق نقل قانوني صرف للوضع العقدي. ويمكن بالتالي الأخذ، بدون طرح مسألة خاصية نمط إنشاء المعايير الملزمة للعقد مجدداً، بأن الوضع العقدي الناتج عن هذه المجموعة من المعايير التي أنشأها توافق الإرادات يمكن أن يكتسبه بصورة لاحقة الغير بالنسبة إلى العقد، إمّا بفعل إرادته وإمّا بفعل القانون وحده.

ويبدو من الأصعب، بداهةً، قبول إمكانية وجود فرقاء، في آونة تكوين العقد، بفعل القانون وحده حتى إذا أضيفت إليه إرادة الغير. على أن الصعوبة محدودة بوضع الأشخاص عديمي الأهلية للتعبير بأنفسهم عن رضا سليم، وينبغي، لهذا السبب، أن يحل محلهم ممثل قانوني. والعقد في هذا الوضع مكوّن تماماً بتوافق الإرادة، وهذا ما يراعي خاصيته ويكفي لتفريق العلاقات العقدية عن العلاقات النظامية[3]. بيد أن إحدى الإرادات ليست إرادة الشخص الذي تتحقق في ذمته المالية مفاعيل العقد. وبتعبير آخر يغدو شخص ما، هو الممثَّل، فريقاً بإرادة الغير. غير أن هذه الإرادة ليست كافية لولادة عقد تفرض مفاعيله على الممثَّل. يجب كذلك أن يكون القانون قد أجاز صراحة هذا التدخل في شؤون الغير، وبشكل أدق قد نظم هذا التدخل بصورة آمرة على وجه الخصوص. وتمثيل عديم الأهلية، على سبيل استعادة صيغة السيد Aubert، يظهر كنوع من «الرِمامة النفسانية ـ المكونة من إرادة الممثِّل المحاطة بالقانون ـ معدّة لمنع استبعاده عن التجارة القانونية، وبذلك... نلتقي المنفعة الاجتماعية»[4].

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33 وما يليه.

(2) J. Ghestin, Nouvelles propositions sur un renouvellement de la distinction des parties et des tiers، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 3.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 40.

يبقى إذاً بيان أن القانون ليس بإمكانه أن يفعل كل شيء، ولا سيما عن طريق نقل صيغة انكليزية، أن يجعل من الرجل امرأة، أو من الغير فريقاً. بإمكان القانون فقط وضع شخص في موقع بحيث أن صفة الفريق ينبغي منطقياً أن تنسب إليه.

ويجب الاحتفاظ بوصف الفريق للأشخاص الذين يكون وضعهم مشابهاً بما فيه الكفاية لوضع الفرقاء المتعاقدين أنفسهم لكي يمكن أن يعتبروا متماثلين أو مستبدلين بهم ويمتلكون باسمهم امتيازات الفرقاء المتعاقدين في ما يتعلق بالعقد[1]. إن صفة الفرقاء يجب أن تطبق منطقياً على هؤلاء الأشخاص وعليهم وحدهم.

وهذا يعني عملياً أن صفة الفريق، خارج الأشخاص الممثَّلين، لا يمكن اكتسابها إلاّ بنقل وضع عقدي. وبالمقابل لا يمكن تطبيقها على شخص ربما كان بإمكانه الانتفاع من موجب عقدي يعود إليه منذ تكوين العقد أو اكتسبه لاحقاً أو قد يصبح خاضعاً لموجب كهذا.

ويبدو من المستحيل في هذه الرؤية، للإجابة على المسألة التي طرحتها السيدة Gelfucci - Thibierge، اعتبار «المتعاقدين الثانويين المرتبطين فقط ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» فرقاء أصليين في العقد. كما أنه لا يبدو من الملائم اعتبار حوالة دين، وهي «إولية نقل تتم»، حسب السيد Aubert[2]، «عن طريق الوساطة، انتقالاً للمفعول الملزم للعقد.. يتيح للغير إشغال وضع فريق في العقد، كلياً أو بقسم منه حسب الحالة». فلا يكفي لوصف شخص بأنه فريق في العقد أن يكون «مرتبطاً ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الأولي» ولا «إشغال وضع فريق في العقد، كلياً أو بقسم منه». فوصف العقد ينبغي أن يحتفظ به للأشخاص الذين يماثلون بالفرقاء المتعاقدين أو يُستبدلون بهم؛ بمعنى أنهم يحوزون الامتيازات الأساسية عينها، أي أن يرتبطوا بالعقد أو يحلوه بتوافق الإرادات. وهذا لا يفترض على وجه الخصوص، كما سنرى، مجرد حوالة الدين، بل يفترض تنازلاً عن العقد، أو بالأصح عن الوضع العقدي عندما يسمح القانون الوضعي بذلك أو حتى يفرضه.

فما هي إذاً الامتيازات التي، انطلاقاً منها، يمكن الاعتراف بصفة الفريق؟

لا يتعلق الأمر، في المقام الأول، بسلطة طلب إبطال العقد، ولا سيما لعيب في الرضا، بذريعة أن توافق إرادات الفرقاء هو الذي كوّن العقد. إن الإبطال يمكن، أولاً، أن يطلبه الغير بالطبع، على الأقل عندما يتعلق الأمر بالبطلان المطلق، مما يجعل هذا المعيار غير فعال، مع الأخذ في الحسبان على وجه الخصوص عدم اليقين بالنسبة إلى مجال البطلان المطلق والنسبي. ثم ينبغي، وبصورة خاصة، التموضع أيضاً في آونة تنفيذ العقد.

بيد أن معيار صفة الفريق لا يمكن استنتاجه من إمكانية طلب الفسخ القضائي للعقد. فللغير، في حالات معينة، إمكانية طلب فسخ العقد. والأمر كذلك، استناداً إلى أحكام

---

(1) ما عدا بالطبع سلطة إبرام العقد الذي، حسب تعريفه، سبق أن جرى إبرامه.

(2) J. Flour et J. - L. Aubert، المرجع عينه، المجلد 1، الطبعة السادسة، 1994، رقم 447.

حديثة نسبياً، بالنسبة إلى مكتسب الملكية الثانوي الذي بإمكانه إقامة دعوى الفسخ لعيب خفي ضد البائع السابق، وإلى المقترض الذي يستطيع في مادة البيع في صورة إيجار، شرط أن يكون مستهلكاً، إقامة دعوى مباشرة لفسخ عقد البيع المبرم بين المورّد ومؤسسة البيع في صورة إيجار، وإلى الكفيل الذي في وسعه أن يواجه الدائن الذي قاضاه بفسخ العقد الذي أبرمه هذا الدائن مع المدين الأصلي. وإمكانية طلب الفسخ القضائي للعقد لا يمكن إذاً أن تشكل معياراً كافياً لصفة الطريق.

إن صفة الفريق، في الحقيقة، ينبغي أن يحتفظ بها للأشخاص الذي أبرموا العقد بتوافق الإرادات أو الذين اكتسبوا حق تعديله أو إنهائه بتوافق آخر للإرادات.

لا شك في أن القانون، حتى الاجتهاد الذي أضاف، مثلاً، موجبات كموجب التأمين، بإمكانهما تعديل العقد أو إنهاؤه. بيد أن الغير يتعذر عليه، إذا لم تكن له صلاحية خلق معايير نظامية، إنهاء العقد الذي لم يكن فريقاً فيه أو تعديله. ولا يستطيع، على وجه الخصوص، أن يفعل ذلك بمجرد إبداء إرادة تلتقي إرادة الفريق الآخر، أي عن طريق إجراء عقدي لتوافق الإرادات.

وما هو أساسي في النهاية ليس معرفة ما إذا كان هذا الشخص أو ذاك هو فريق بفعل إرادته الخاصة أو بفعل القانون أو ليس فريقاً. وما يسهم بشكل أساسي هو أن لا يتعدى تدخل القانون على ما يشكل خاصية العقد.

«ما يميز العقد هو الإجراء، أي توافق الإرادات، الذي بموجبه يكون معدّاً لإنتاج مفاعيل قانونية»[1]. ويكون فرقاء في العقد، عند تكوينه، الأشخاص الذين كوّنت إرادتهم العقد. ولا أحد ينازع في ذلك إلاّ أنه يقتضي الذهاب إلى ما هو أبعد والقبول أيضاً أن الأشخاص الذين لهم، خلال تنفيذ العقد، سلطة تلاشيه أو تعديله بحسب الإجراء العقدي عينه، أي بتوافق الإرادات، ينبغي أيضاً، في هذه الآونة، وضعهم كفرقاء. إن الفرقاء المتعاقدين في وسعهم إنشاء العقد بتوافق إراداتهم. والأشخاص الذين استبدلوا، خلال تنفيذ العقد، بالفرقاء المتعاقدين يمتلكون كهؤلاء، عن طريق إجراء عقدي، أي عن طريق توافق الإرادات، سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بالرضا المتبادل. والاعتراف لهم بصفة فرقاء منطقي.

والخلاصة أن الفرقاء وحدهم بإمكانهم إنشاء العقد بتوافق إراداتهم أو تعديله أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

والفرقاء ينشئون العقد بالتقاء إراداتهم المتوافقة. وبإمكانهم، إلا أن يكونوا قد فقدوا صفة الفرقاء بنقل هذه الصفة، تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق جديد للإرادتين. أما الفرقاء المماثلون أو المستبدلون بالفرقاء المتعاقدين ففي وسعهم تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي بتوافق الإرادات.

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 7.

ولتحليل القانون الوضعي ينبغي أن تُقرأ المادة 1134 من القانون المدني كما يلي: تقوم الاتفاقيات المكوّنة شرعاً مقام القانون بالنسبة إلى من أبرموها وإلى من يماثلون بهم أو يستبدلون بهم. ولا يمكن الرجوع عنها إلاّ برضاهم المتبادل أو لأسباب يجيزها القانون.

أما في ما يختص بالأشخاص الذين هم مجرد دائنين أو مدينين استناداً إلى العقد، إمّا في الأصل، كالمستفيد من اشتراط لمصلحة الغير، أو خلال تنفيذ العقد، كالمتنازل له عن دين، فينبغي تصنيفهم من ضمن الغير.

وبعد أن جهدنا على هذا النحو في الحفاظ على ما بدا لنا من اقتراحاتنا أنه لا جدال فيه، مع الأخذ في الحسبان ملاحظات السيدة Gelfucci - Thibierge القيّمة، يمكن أن نقترح، انطلاقاً من هذا المعيار الجديد، تصنيفاً جديداً للفرقاء والغير. وسنرى أنه لا يختلف كثيراً عن التصنيف الذي سبق أن اقترحناه. إلاّ أن فئة الفرقاء تلقت زيادة أشخاص تم استبدالهم بالفرقاء المتعاقدين بفعل القانون ونقصان أشخاص أصبحوا مجرد دائنين أو مدينين بدون أن تكون لهم سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي، أي توافق الإرادات.

II ـ اقتراح تصنيف جديد

342 ـ يقتضي التفريق بين الفرقاء والغير.

أ ـ الفرقاء.

343 ـ ينبغي التحديد بدقة أي عقد هو المقصود.

يقتضي هنا التذكير بإحدى الصعوبات الرئيسية في هذا الشأن.

غالباً ما يجب القيام بهذا التحديد استناداً إلى عقد آخر غير العقد الذي يجب تحديد فرقائه. ويتعلق الأمر على سبيل المثال، بعقد وكالة ينشىء تمثيلاً كاملاً لشخص ما عن طريق شخص آخر في البيع حيث تستنتج صفة الفريق في هذا البيع. وتأتي الصعوبة من أن الشخص نفسه غالباً ما يصبح في الوقت عينه فريقاً في العقد المعني وفي العقد الذي يحدد صفته. وهكذا يكون الموكل فريقاً في عقد الوكالة ويغدو أيضاً فريقاً في العقد الذي يبرمه وكيله مع شخص ثالث باسمه ولحسابه. إن العقود التي يكون موضوعها أحد العقود صعبة التحليل والتقديم بصورة عامة. وغالباً ما يحدث، في هذه العمليات المعقدة التي تهم على الأقل ثلاثة أشخاص، بسبب عدد المتدخلين وصفتهم المتغيرة حسب العقد المعني، أن تكون صفة الفريق أو الغير في العقد ـ المَوْضوع مختلطة مع صفته كفريق أو كغير في عقد يكون موضوعه هذا العقد الأخير. وصعوبة التعبير والفهم التي تنتج عن طبيعة العلاقات بين العقود المجراة ذاتها مصدر خطير للالتباس. أي أن المادة تتطلب الانتباه الأكبر للمؤلف والقارىء على السواء.

344 ـ التفريق بين آونة تكوين العقد وآونة تنفيذه.

ينبغي هنا، من أجل السهولة، التفريق بين الأشخاص الذين هم فرقاء في العقد منذ تكوينه والأشخاص الذين ليست لهم هذه الصفة إلاَّ في آونة تنفيذه. والأشخاص الأولون هم الذين يمكن نعتهم بالفرقاء المتعاقدين بمقدار ما هم مبرمو العقد بصورة حقيقية. والآخرون ليسوا سوى فرقاء مرتبطين بالعقد. بيد أن الفرقاء جميعاً، سواء كانوا متعاقدين أم لا، مرتبطون بالعقد.

1) الفرقاء في آونة تكوين العقد

345 ـ يتعلق الأمر، من جهة أولى، بالأشخاص الذين ساهموا في إبرام العقد بتعبيرهم بأنفسهم عن إرادتهم في الارتباط بالعقد، ومن جهة ثانية بالأشخاص الممثَّلين.

آ) الأشخاص الذين ساهموا في تكوين العقد بالتعبير بأنفسهم عن إرادة الارتباط بالعقد.

346 ـ يدخل بالطبع في فئة الفرقاء في آونة تكوين العقد الأشخاص الذين ساهموا في تكوينه بالتعبير بأنفسهم عن إرادتهم في أن يكونوا مرتبطين بالعقد.

إن المتنازل والمتنازل له، في ما يتعلق بتحديد الفريق في العقد الذي يكون موضوعه التنازل عن عقد آخر، عندما يكون تنازل كهذا ممكناً، أي عندما يكون مجازاً شرعاً، أو مفروضاً[1]، هما فريقان في عقد التنازل هذا منذ إبرامه. على أن المسألة تطرح لمعرفة أي آونة، بالنسبة إلى عقد يشكل موضوع التنازل، كالإيجار على سبيل المقال، انطلاقاً منها، يصبح المتنازل له فيها فريقاً في هذا العقد، مع الملاحظة أن رضا المحال عليه، حسب التعريف، غير مفيد لتحقيق العملية.

وفي ما يتعلق بالتنازل الاتفاقي عن العقد، وسنرى أن له في الحقيقة مفعول إنشاء عقد جديد[2]، يكون فريقاً في العقد المتنازل له والمحال عليه. وبالمقابل يبقى المتنازل له دائماً كغير بالنسبة إلى العقد المزعوم التنازل عنه.

أما الأشخاص الذين شاركوا فقط في تكوين عقد أبرمه أشخاص آخرون فلا يمكن وصفهم بالفرقاء. ولن يتمتعوا بأي امتياز، فما أن يقوموا بمهمتهم، حتى لا يعود لهم أي امتياز يميز الفرقاء، أي إمكانية وضع نهاية للعقد أو تعديله. والأمر على هذا النحو مثلاً بالنسبة إلى الذين لا غنى عن إجازتهم لتكوين العقد سواء تعلق الأمر بجهاز حماية عديم الأهلية أو جهاز إداري للوصاية أو الرقابة، حتى المؤجر[3].

---

(1) انظر الرقم 709 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الرقم 687 اللاحق وما يليه.

(3) انـظـر: M. Vasseur, Essai sur la présence d'une personne à un acte juridique accompli par d'autres، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، صفحة 173. ـ انظر بهذا المعنى F. Terré Ph. Simler, et Y. =

ب) الأشخاص الممثَّلون.

347 ـ أثر التمثيل.

التمثيل يخذل المعيار الذي يستند، بالنسبة إلى وصف الفرقاء، إلى الذين أبرموا العقد[1].

وكما لوحظ «كان الأشخاص الذين أبرموا العقد باسمهم أو لحسابهم فرقاء في الاتفاقية أو أصبحوا كذلك، مع أنهم لم يتبادلوا الرضا مع متعاقد»[2].

ويلاحظ أولاً أن الممثَّل، حسب الرأي المقبول على وجه العموم، هو الفريق في العقد وليس الممثِّل[3]. ويقدم في هذا الشأن هذا السبب في أنه هو الذي سيكون ملزماً مباشرة بموجب العقد. غير أننا سنرى أن التمثيل، حتى الذي يحلل بإيجاز، يظهر أوضاعاً يتعذر فيها إبعاد الممثَّل بسهولة عن دائرة الفرقاء المتعاقدين، على الأقل عند تكوين العقد. فثمة ما يدعو إلى التفريق بصورة خاصة، بين أن يكون الممثِّل قد اعلم الفريق الآخر باسم الممثَّل أم لا، حتى بصفته كممثِّل. يضاف إلى ذلك أن الوسيط، حتى ولو لم يتعلق الأمر بالتمثيل بالمعنى التقليدي والمدني للتعبير، الذي يكتفي بالتفاوض في شأن العقد بدون أن يتلقى سلطة عقده، يقوم بدور الفريق تماماً في مرحلة تحضيرية ولا شك وإنما هامة في تكوين العقد، وليس من السهل دائماً تقدير ما إذا كانت هذه الأعمال، ولا سيما المعلومات التي يعطيها للفريق الآخر، تلزم بالطريقة نفسها للعقد بحد ذاته من اختاره كمفاوض.

وينبغي، بالإضافة إلى ذلك، التفريق بين أن تكون إرادة الممثَّل قد ساهمت بصورة غير مباشرة في تكوين العقد أم لا.

348 ـ الأشخاص الممثَّلون الذين ساهمت إرادتهم بصورة غير مباشرة في تكوين العقد.

يدخل في هذه الفئة الأشخاص الذين أعطوا غيرهم سلطة تقييدهم بالإسهام في تكوين

---

* Lequette, Les obligations، الجزء 2، العقد، الطبعة الرابعة 1993؛ رقم 1257. ـ وعلى نقيض ذلك: - P. Y. Gauthier، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 156، الذي يفرق بين الفرقاء التابعين والفرقاء الأصليين ويخصص الوصف الأول للأشخاص المشاركين في عمل قانوني مبرم من قبل آخرين، كالمؤجر الملزم بإعطاء موافقته على التنازل عن إيجار تجاري، والقيّم الذي يجب أن يقدم مساعدته في العقد الذي يبرمه الراشد تحت الوصاية؛ والممثلين القانونيين للقاصر في إبرام عقد زواج، ومالك رقبة الملك «في إيجارات الحماية التي يبرمها مالك حق الانتفاع»، والمدير الذي ينبغي عليه، في الإجراءات الجماعية، مساعدة المدين المرفوع اليد في حقبة المراقبة. ومن الصحيح، في هذه الأوضاع جميعاً، أن مشاركة الغير في إبرام العقد تنتج مفاعيل قانونية؛ ولكنها لا تضفي عليه صفة الفريق، حتى التابع، ذلك بأن هؤلاء الأشخاص لا يبرمون العقد وليست لهم سلطة تعديله بتوافق الإرادات أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

(1) G. Marty et P. Raynaud، المرجع عينه، الجزء 1، رقم 262، والفرقاء في عرفهما «هم الأشخاص الذين أبرموا العقد، أي الذين أعطوا هم أنفسهم رضاهم أو كانوا ممثَّلين في إبرامه».

(2) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع نفسه، رقم 658.

(3) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع ذاته، رقم 658. ـ H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 256، صفحة 105 Ch Larroumet، المرجع عينه، رقم 742.

عقد باسمهم أو لحسابهم. والأمر كذلك كلما كان العقد مبرماً من قبل ممثّل مسمى هو نفسه في عقد ينشىء تمثيلاً تاماً للمثَّل من قبل الممثّل، كعقد الوكالة مثلاً. فالممثّل، في شكل ما من إبداء الإرادة من الدرجة الثانية، يساهم في إبرام العقد. وللمثَّل بعد ذلك بلا جدال سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادتين مع الفريق الآخر.

ويمكن تطبيق التحليل ذاته عندما يتعلق الأمر بتمثيل شخص معنوي (أو اعتباري) لا يمكن أن يبدي إرادته إلاّ عبر أجهزته، أي عبر الأشخاص الطبيعيين المتميزين، بحسب التعريف، عن الشخص المعنوي ذاته والأشخاص المعنويون الممثَّلون بأشخاص طبيعيين أناطوا به هذه السلطة بالتعبير عن إرادتهم الجماعية وفي إطار هذه الإرادة[1] هم أيضاً فرقاء في العقد. وبإمكان الشخص المعنوي، عبر الأجهزة المؤهلة للتعبير في هذه الآونة عن إرادته، بعد ذلك تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادتين مع الفريق الآخر.

349 ـ الأشخاص الممثَّلون الذين ليسوا فرقاء في العقد إلاّ بواسطة إرادة ممثّل يعمل بمقتضى القانون وضمن حدوده.

يربط التحليل التقليدي صفة الفريق بدور إرادة الفرد في تكوين العقد. وينبغي عند ذلك استخراج النتائج المنطقية من ذلك. إن معيار دور إرادة من هو أهل للاحق تفقد أي مدلول عندما يتعلق الأمر بالتمثيل القانوني، وعلى وجه أخص عندما يكون الممثَّل فاقد الأهلية القانونية للتعبير عن إرادته الفعالة.

والفريق حسب المذهب التقليدي، هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الملزم بالعقد عقب إبداء إرادة صادر عن شخص آخر له السلطة القانونية لإبرام العقد مكانه وإنما لحسابه. على أن إعطاء صفة الفريق في هذه الفرضية للممثَّل يعني قبول أن إرادة إبرام العقد ليست هي التي تحدد هذه الصفة، بل البحث عمن يتحمل سلبياً مفاعيل العقد أو يستفيد منها إيجابياً. وذلك يعني نفي دور الإرادة الفعلية لمن هو أهل للحق في نسبة صفة الفريق، مما هو في تمانع مع مذهب سلطان الإرادة الذي يضم أيضاً إلى حد كبير المذهب الأكثر تقليدية. والمنطق يفرض في هذه الرؤية أن يكون الممثَّل إذاً غيراً يتحمل مفاعيل العقد الملزمة أو يستفيد منها بمفعول القانون وحده، إذ إن الممثِّل القانوني ليس سوى أداة تتيح العمل بنص هذا القانون.

بيد أن الكلّ متفق على الاعتراف لعديمي الأهلية الممثَّلين عن طريق ممثّلهم القانوني بصفة الفرقاء. وللاعتراف للممثَّل في هذا الوضع بهذه الصفة يجب عند ذلك قبول تمتع القانون بسلطة إضفائها على غير الفرقاء المتعاقدين بالمعنى الضيق. ومما لا غنى عنه، بهاجس المنفعة الخاصة، من أجل عدم استبعاد أشخاص ليس بإمكانهم إبداء إرادة سليمة قانونياً، وبهاجس المنفعة الاجتماعية، في سبيل عدم شل إدارة الذمة المالية، السماح للممثَّل

---

(1) انظر الأشخاص Les personnes، رقم 28، الصفحات 37 إلى 39.

الذي يعمل بموجب مهة وفي حدود القانون بأن يستبدل إرادته بإرادة عديم الأهلية. والأشخاص الممثَّلون هم هنا فرقاء بإرادة ممثِّل يعمل استناداً إلى القانون وضمن حدوده.

ويبقى العقد توافق إرادتين مما ينسجم مع تعريفه ويميزه عن النظام، يضاف إلى ذلك أن إرادة الغير غير مقبولة استثنائياً لتحقيق هذ الاتفاق إلا بفعل القانون وضمن الحدود الصلبة التي يرسمها من أجل الحفاظ فعلياً على مصالح الممثَّل.

2) الفرقاء في آونة تنفيذ العقد:

350 ـ ينبغي التفريق هنا بين الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفريق والأشخاص الذين فقدوا هذه الصفة.

أ) الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفريق.

351 ـ المقصود هم الأشخاص المماثلون بالفرقاء المتعاقدين الأصليين أو المستبدلون بهم، وتكون لهم عند ذلك امتيازاتهم المستندة إلى العقد، أي سلطة تعديله أوضع نهاية له حسب الإجراء العقدي أي بتوافق الإرادات.

ويمكن التفريق بين الأشخاص الذين استفادوا من تمثيل بمفعول مؤجل والأشخاص الذين انضموا إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي والأشخاص الذين استفادوا من نقل وضع تعاقدي.

١ ـ الأشخاص المستفيدون من تمثيل بمفعول مؤجل.

352 ـ الأشخاص الذين أصبحوا فرقاء بمفعول تمثيل غير كامل.

يشارك الممثِّل في التمثيل الكامل في تكوين العقد بإبداء للإرادة من الدرجة الثانية. ويكتفي الممثِّل بتنفيذ التعليمات المحددة إلى حد ما التي يعطيه إياها الممثَّل. غير أنه في ما يتعلق بتمثيل غير كامل يستبدل الممثَّل نفسه بممثِّله الذي يظهر في الأصل كفريق في العقد.

يدخل أولاً في هذه الفئة المفوِّض الذي أجاز شخصاً آخر في عقد تفويض، هو المفوَّض، بإبرام عقد لحسابه أو باسمه. ولا يكتسب المفوِّض صفة الفريق إلاّ عندما ينقل إليه المفوَّض الفائدة؛ وبالمقابل يمتلك هو حصراً عند ذلك الامتيازات كافةً[1].

ويمكن وصف التمثيل، في إعلان الحائز الحقيقي، بالخيارية فيحتفظ المفوِّض عند إبرام العقد مع الغير بإمكانية العمل باسمه ولحساب شخص آخر يرفض الكشف عن هويته. وبعبارة أخرى يتقدم من الغير بصفة مزدوجة: متعاقد وممثِّل؛ ويحدد صفته الصحيحة بالقيام بالتصريح عن الحائز الحقيقي أم لا. كما يقتضي أن يقبل الحائز الحقيقي أو يكون قد قبل في عقد سابق هذا التمثيل الذي ينتج عند ذلك مفاعيل تمثيل كامل، فيمتلك الحائز الحقيقي

---

(1) انظر الرقم 577 اللاحق.

عندها جميع الامتيازات المرتبطة بصفة الفريق[1].

وعندما تكون هناك صورية عن طريق تدخل مسخَّر يكون المتعاقد الحقيقي قد التزم بالكتاب المضاد بأن يصبح دائناً أو مديناً تنفيذاً للعقد. والمسخر كما الفريق الآخر، يمكنه التمسك بالكتاب المضاد بحيث أنه ملتزم فعلياً. والفريق الآخر، بالمقابل، يمكنه رفض الأخذ في الحسبان الكتاب المضاد، إذا رأى مصلحته في ذلك، فينكر هكذا صفة الفريق في العقد المستتر. فتخضع صفة الفريق إذاً، هنا أيضاً، لقبول صاحب العلاقة. ولكنها تتوقف أيضاً على شرط إضافي: قبول الفريق الآخر. وعندما يتدخل هذا الأخير يمتلك المتعاقد الحقيقي امتيازات فريق في العقد.

كما أن الشخص الذي تم التعهد بالحصول على موافقة الغير لأجله يكتسب بعد مصادقته صفة الفريق والامتيازات المرتبطة به بالطريقة عينها كما لو كان قد أعطى سابقاً وكالة لمن أبرم عقد التعهد بالحصول على موافقة الغير لحسابه.

2 ـ الأشخاص الذين انضموا إلى اتفاقية جماعية أو إلى شخص معنوي.

353 ـ اتفاقيات العمل الجماعية عقود مفتوحة يمكن الانضمام إليها بعد إبرامها. ويغدو المنضمون فرقاء في الاتفاقية الجماعية، فيتحملون مفاعيلها الإيجابية والسلبية، وبإمكانهم على الأخص المقاضاة في شأنها عبر الأجهزة التمثيلية التي ينص القانون عليها.

كما أن الأشخاص المنضمين إلى شخص معنوي، مكتسبي أسهم شركة مغفلة مثلاً، يصبحون فرقاء في العقد الذي كوّن هذا الشخص المعنوي. وبإمكانهم، عبر أجهزة الشخص المعنوي التمثيلية، الجمعية العامة للمساهمين في الشركة المغفلة مثلاً، ممارسة امتيازاتهم كفرقاء وتعديل العقد الأولي أو وضع نهاية له.

3 ـ الأشخاص المستفيدون من نقل وضع تعاقدي.

354 ـ الخلفاء الكليون أو بصفة كلية.

رأينا أن وفاة أحد الفريقين تؤدي طبيعياً إلى نقل عقوده إلى خلفائه الكليين أو بصفة كلية. واندماج الشركات، أو امتصاصها، يؤدي كذلك إلى نقل كهذا للذمة المالية للشركة أو الشركات المندمجة. وتتلقى الشركة الجديدة الناتجة، مثلاً، عن اندماج شركتين أو أكثر في الذمة المالية لهذه الشركات، العقود التي أبرمتها.

ثمة توافق على تصنيف الخلفاء الكليين أو بصفة كلية في الفرقاء، أو على الأقل مماثلتهم بالفرقاء[2] مع أن إرادتهم لم تشترك في إبرام العقد.

---

(1) انظر الرقم 578 اللاحق.

(2) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2 رقم 1258، صفحة 527. ـ J. Flour et J. L. Aubert، المرجع عينه، المجلد 1، رقم 445. ـ Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 741.

بيد أنها تقوم بدور معين، بالمقابل، في نقل العقود التي أبرمها مورثهم. فالخلف الكلي، الوريث، ليس مرتبطاً بالمفاعيل الملزمة لهذه العقود إلاّ أن يكون قد قبل الإرث ضمنياً على الأقل. وتتطلب حيازة صفة الوريث ذاتها بالفعل، حسب الاجتهاد، قبولاً ضمنياً على الأقل. ويستنتج من التنسيق بين المادتين 789 و 2262 من القانون المدني أن إمكانية قبول الإرث أو العدول عنه تتقادم (يمر الزمن عليها) بعد ثلاثين سنة. والحال أن الاجتهاد قبل بسرعة كبيرة اعتبار الوريث الذي بقي ساكتاً أنه قد عدل عن الإرث[1]. يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 18 كانون الثاني 1989[2]، بعد إقدامها على تحول للاجتهاد في شأن عبء الإثبات، بأن «من يطالب بتركة مفتوحة منذ أكثر من ثلاثين سنة عليه أن يسوّغ أنه هو نفسه أو مورثوه قبلوها ضمنياً على الأقل قبل انقضاء المهلة» فالوريث ليس مرتبطاً إذاً بالعقود التي أبرمها مورثه إلاّ أن يكون، ضمنياً على الأقل، قد قبل خلافته.

ونقل العقود الذي يجري مبدئياً بالنسبة إلى ذمة المتوفى المالية هو أيضاً، استثنائياً، بفعل القانون طالما أنه نتيجة قواعد إرثية[3]. يضاف إلى ذلك، كما لاحظ السيد Aubert، أن الوريث يصبح فريقاً في الاتفاقيات ذاتها التي لم يكن على علم بها[4].

ونقل العقد يمكن أن يتحقق أيضاً في حياة من أبرمه.

355 ـ نقل وضع عقدي بين الأحياء.

التنازل عن العقد مفروض في أنظمة قانونية مختلفة.

ويفرض هذا النقل في بعض الحالات القانون على الفريقين. وأهم التطبيقات هي موجب استمرار عقود العمل الذي يلقى على عاتق مكتسب ملكية مقاولة بمقتضى المادة 122 ـ L. 12 من قانون العمل الناتجة عن قانون 19 تموز 1928، واستمرار الإيجارات المفروض على مكتسب شيء مؤجر، حسب المادة 1743 من القانون المدني، واستمرار التأمين في حالة التصرف بالشيء المؤجر، وفقاً للمادة 121 ـ L. 10 من قانون التأمينات.

وفي حالات أخرى يتنازل أحد الفريقين إلى الغير عن وضعه العقدي ويفرض القانون على الفريق الآخر هذا الاستمرار الذي ليس في وسعه أن يعارضه. يوجد هنا أيضاً، وإنما بالنسبة إلى أحد الفريقين فقط، تنازل جبري قانوني عن العقد.

وبإمكان مؤسسات التأمين، تطبيقاً لمرسوم 14 حزيران 1938 أن تتنازل، بموافقة وزير العمل، عن «حقيبة» عقودها «بحقوقها وموجباتها» إلى شركة أو عدة شركات معتمدة من قبل

---

(1) النقض المدني في 13 حزيران 1855، *55* Dalloz، 1، صفحة 253 ـ 13 شباط 1911، Dalloz 1911، 1، صفحة 391.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 34، صفحة 22.

(3) انظر الرقم 332 السابق.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 43.

الحكومة. وهذا النقل تسوسه اليوم المادة 324 ـ L. 1 من قانون التأمينات، وهو يستبدل الشركة المتنازل لها بالشركة المتنازلة بصفتها مدينة المؤمّنين الذين ليست موافقتهم ضرورية[1].

وتنص الفقرة الأولى من المادة 1601 ـ 4 من القانون المدني، كما نتجت عن قانون 4 تموز 1967 على ما يلي: «تنازل مكتسب الملكية عن الحقوق التي آلت إليه من بيع عقار للبناء يجعل المتنازل له بقوة القانون بديلاً في موجبات مكتسب الملكية تجاه البائع. وتنص الفقرة الثالث من النص عينه على أن «هذه الأحكام تطبق على جميع أنواع النقل بين الأحياء، الإرادية أو الجبرية، أو بسبب الوفاة».

وبمقتضى المادة 1831 ـ 3 «إذا كان صاحب المبنى، قبل إنجاز المشروع، قد تنازل عن الحقوق التي له على هذا المبنى، يستبدل المتنازل له به بقوة القانون، إيجابياً وسلبياً، في مجمل العقد..».

وكما لاحظ أحد المؤلفين «إننا هنا أمام حالة يستفيد الغير أو يتحمل، على عكس المادة 1165، من مفاعيل عقد لم يبرمه»[2]، وذلك حتى بدون أن تكون موافقته ضرورية. والنصوص «تحقق تنازلاً قانونياً عن العقد.. بكونه لا يرتكز على إرادة الفرقاء.. والأمر على الأكثر، ما عدا الاستثناء، يتعلق بتنازل آمر..»[3] فالمقصود هنا «مفعول القانون وهو مصدر موجب تنافسي مع الإرادة»[4].

من المشروع إذاً ملاحظة أن مبدأ المادة 1165 سليم ما دام أن العقد ينتج مفاعيله الملزمة تجاه أشخاص لم يصبحوا فرقاء[5]. وذلك يعني أن المادة 1165 من القانون المدني تقصد صراحة الفرقاء المتعاقدين، أي الفرقاء الذين أبرموا العقد. ومبدأ النص بالتالي، كما هو مفهوم اليوم، محافظ عليه.

على أن المسألة تطرح، بالنسبة إلى العقد الذي يشكل موضوع التنازل، كالإيجار مثلاً، حول معرفة أي آونة يصبح المتنازل له، انطلاقاً منها، فريقاً في العقد. يمكن التردد والأخذ بأن التنازل يتم رجعياً في العلاقات بين المتنازل له والمحال عليه أو اعتبار التنازل غير منتج مفعوله إلاّ من تاريخ عقد التنازل. ولن يغدو المتنازل له، مبدئياً، فريقاً منذ تكوين العقد المتنازل عنه، وإنما فقط منذ عقد التنازل، ما عدا وجود نص مخالف (انظر على سبيل المثال المادة 122 ـ 12 ـ 1 ـ L.، الفقرة 1 من قانون العمل). وفي الواقع، في عقد تنفيذ متعاقب، يكون للمتنازل له، في آونة والتنازل، مع رجعية أم لا بحسب الحالة، الوضع

---

(1) انظر H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1369، صفحة 572.
(2) H. Roland et L. Boyer، المرجع عينه، الجزء 2، رقم 1366، صفحة 570.
(3) Ch. Larroumet، المرجع عينه، رقم 785.
(4) Ph. Malaurie et L. Aynès, Obligations، المرجع عينه، رقم 658، التعليق 25.
(5) انظر بهذا المعنى Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 658.

العقدي للمتنازل. وهو يمتلك، في أي حال، منذ التنازل، سلطة تعديل العقد بتوافق الإرادات أو وضع نهاية له بالطريقة عينها.

لم نتفحص هنا سوى فرضيات التنازلات المسماة قانونية أو جبرية عن العقد. وسنرى بالفعل[1] أن التنازل الاتفاقي عن العقد، أو بصورة أدق الوضع العقدي، ليس ممكناً إلاّ بموجب توافق إرادتي المحال عليه والمتنازل له الذي يجعل منه عقداً جديداً متميزاً عن العقد الأولي. فالمتنازل والمتنازل له ليسا إذاً فريقين في العقد الجديد المكوّن على هذا الشكل.

ب) الأشخاص اللذين فقدوا صفة الفريق.

356 ـ خسارة صفة المنضم إلى اتفاق جماعي أو العضو في شخص معنوي.

كما أن الانضمام إلى عقد جماعي أو إلى شخص معنوي يكسب صفة الفريق في هذا العقد الجماعي أو في الاتفاقية المكوّنة للشخص المعنوي، فإن خسارة هذا الانضمام، بالاستقالة أو الاستبعاد، على وجه الخصوص، تؤدي إلى خسارة صفة الفريق.

ولا تترافق خسارة صفة الفريق هذه دائماً مع نقلها إلى الغير. وهكذا، مثلاً، لا يؤدي انسحاب شريك من شركة برأسمال متغير إلى أي نقل لصفة الفريق.

357 ـ التنازل عن وضع عقدي يؤدي إلى خسارة المتنازل صفة الفريق.

كلما أجاز القانون لأحد الفريقين التنازل عن وضعه العقدي إلى الغير، أو فرض هذا التنازل، يكون هذا الغير، المتنازل له، كما سبق أن رأينا، هو الذي يصبح فريقاً، ونتيجة ذلك خسارة المتنازل صفة الفريق.

358 ـ تعريف الفريقين المقترح.

إن الأشخاص جميعاً الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بمفعول التمثيل الاتفاقي أو القانوني، أو انضموا إليه عندما يجيز القانون ذلك، أو الذين استبدلوا بالفرقاء المتعاقدين بنقل وضعهم العقدي الذي يسمح به القانون أو يفرضه، ويكونون مرتبطين، إيجابياً وسلبياً، بمفاعيله الملزمة ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذه الصفة، أي إمكانية تعديل العقد أو العمل على تلاشيه بإجراء عقدي، أي بتوافق الإرادات، هم فرقاء في العقد.

ب ـ الغير

359 ـ الغير هو جميع الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفريق.

إن هذا التعريف هو التقليدي الأكثر. فجميع الأشخاص الذين ليست لهم صفة الفريق، كما سبق التعريف، بمن فيهم الأشخاص المرتبطون إيجابياً وسلبياً ببعض مفاعيل العقد

---

(1) انظر الرقم 691 اللاحق.

الإلزامية، عندما لا يملكون الامتيازات الخاصة بصفة الفريق، أي سلطة إبرام العقد أو تعديله أو العمل على تلاشيه حسب الإجراء العقدي، أي توافق الإرادات، هم الغير[1].

والغير في القانون الروماني penitus extranei[2]، في هذه الرؤية، هو بالطبع غير. والأمر كذلك في شأن الدائنين العاديين[3] بالنسبة إلى أحد الفريقين. ولن يصبح هو نفسه، حتى عندما يمارس عن طريق الدعوى غير المباشرة حقوق مدينة الساكن ضد مدينيه، دائن هؤلاء المدينين، ولاسيما أنه لا يملك أي حق في العقد الذي يكون مدينوه فريقاً فيه، وليس في وسعه تعديله أو العمل على تلاشيه. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الخلفاء بصفة خاصة[4] لأحد الفريقين. وإذا كانت صفة الدائن أو المدين، في بعض الحالات الخاصة، شرطاً لفعالية حجية العقد تجاه الخلفاء بصفة خاصة، فذلك، كما سنرى، ليس سوى مجرد نتيجة للمفعول التكميلي لحجية العقد في ما يختص بقوته الملزمة. والخلفاء بصفة خاصة، على وجه الخصوص، وفي أي حال، ليست لهم أي سلطة في تعديل عقد مورثهم أو العمل على تلاشيه إذ يكتفون بتحمل نتائجه أو الاستفادة منها.

360 ـ التفريق بين الفرقاء والغير والتفريق بين مجالات القوة الملزمة للعقد وحجيته.

العقود، كما رأينا، يحتج بها اتجاه الغير. وتستلزم قوة العقد الملزمة بين الفريقين بالأحرى حجيته. فالعقود إذاً يحتج بها في وجه الغير كما ضد الفريقين.

وينبغي، بالنسبة إلى قوة العقد الملزمة، اللجوء إلى تفريق هام بين الفرقاء والغير. فالفرقاء هم، حسب التعريف وبالضرورة، دائنو المدينين بموجب العقد، ويتحملون القوة الملزمة ويمكن أن يتمسكوا بها. والمبدأ، في ما يتعلق بالغير، هو بالمقابل، أنه ليس دائناً ولا مديناً بموجب العقد.

بيد أن هذا المبدأ يتضمن استثناءات، مما لا يتيح تزامن التفريق بين الفرقاء والغير، من جهة أولى، والتفريق بين المفعول الملزم للعقد وحجيته من جهة أخرى. إن الغير، بالتأكيد يمكن، استثنائياً، أن يصبح دائناً أو مديناً استناداً إلى العقد.

والأمر على هذا النحو، تطبيقاً للمادة 1121 من القانون المدني، في ما يختص بالغير المستفيد من اشتراط لمصلحة الغير، والغير الذي يمكن أن يستفيد من دعوى مباشرة استناداً إلى مبدأ عدالة المعاوضة، وأخيراً عندما يكون اكتساب صفة الدائن أو المدين شرطاً ضرورياً لفعالية حجية العقد الكاملة.

---

(1) باستثناء الأشخاص الممثَّلين بتمثيل قانوني أو قضائي.

(2) انظر الرقم 331 السابق.

(3) انظر الرقم 334 السابق.

(4) انظر الرقم 333 السابق.

361 ـ المستفيدون من الاشتراط لمصلحة الغير.

أجازت المادة 1121 من القانون المدني صراحة الاشتراط لمصلحة الغير، كاستثناء على مبدأ المفعول النسبي للعقد. ويصبح الغير بقبوله الاشتراط الذي أجراه المشترط لصالحه دائن الدين الذي يضطلع به الواعد. وأكثر من ذلك يعتبر أنه كان منذ الأساس المستفيد الوحيد من هذا الدين الداخل مباشرة في ذمته المالية بدون المرور بذمة المشترط المالية.

إن مسألة معرفة ما إذا كان الغير المستفيد قد اكتسب صفة الفريق المتعاقد منازع فيها. بعض المؤلفين يستنتج من أنه ليس بإمكانه ممارسة دعوى البطلان أو فسخ العقد الذي أنشأ الاشتراط لمصلحة الغير إذ ليست له صفة الفريق في هذا العقد[1]. غير أننا بيّنا أن هذه الإمكانية لا يمكن اعتمادها كمعيار لصفة الفريق[2]. وقد حكمت محكمة النقض بأن قبول المستفيد من عقد تأمين على الحياة لم يكن مفعوله إضفاء صفة المكتتب بالتأمين عليه[3].

وبالفعل من العقلي رفض صفة الفريق للغير المستفيد لأنه ليست لديه سلطة تعديل العقد المبرم بين المشترط والواعد ولا سلطة وضع نهاية له. بإمكانه قبول الاشتراط المعقود لمصلحته أو رفض الاستفادة منه وحسب.

على أنه يجب التوقف عند حالة الاشتراط لمصلحة الغير مع عبء الذي ينتج، كما سنرى[4]، إبرام عقد حقيقي لمصلحة الغير. إن الغير المستفيد الذي يصبح في الوقت عينه دائناً ومديناً بمفعول العقد المبرم لصالحه لا يمكن أن يلزم بدون موافقته. وكان الاستنتاج من ذلك أن هذا القبول لا يتحدد هنا بدعم حق سبق أن وجد عند الاشتراط لمصلحة الغير بل كان ضرورياً لإنشاء الموجب ذاته[5]. وهذا القبول في الحقيقة ليس سوى إبداء الرضا المكوِّن للتوافق الضروري للإرادتين في إبرام عقد لمصلحة الغير. ولا أهمية لكون إبدائه يتم، احتمالياً، بطريقة مؤجلة ويمكن أن يقارن بالوضع الناجم عن مصادقة الشخص الذي جرى التعهد بالحصول على موافقة الغير لمصلحته.

وقد اقترحت السيدة Gelfucci - Thibierge[6] «قبول ازدواجية صفة المستفيد: إنه يصبح، كغير في العقد المتضمن الاشتراط بكونه ينشيء حقاً لمصلحته، فريقاً لأن هذا

---

(1) انظر بهذا المعنى L. Aynès, La cession de contrat، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 179. ـ J. - L. Goutal, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، أطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J. 1981، مقدمة H. Batiffol، صفحة 237 وما يليها. ـ Ch. Larroumet, les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة مطبوعة على الآلة الكاتبة، بوردو، 1968، رقم 161 ورقم 171. وكذلك الرقم 636 اللاحق.

(2) انظر الرقم 341 السابق.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1984، النشرة المدنية I، رقم 166، صفحة 141.

(4) انظر الرقم 630 اللاحق وما يليه.

(5) انظر: F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette، المرجع عينه، رقم 498. ـ Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه، رقم 681. ـ C. Gelfucci - Thibierge، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 631.

الاشتراط يضع موجباً على عاتقه». وفي عرفها «إن ذلك بدون تأثير في وحدة النظام المطبق عليه بمعنى أنه، في الحالتين، خاضع لمفعول موجب العقد». ولكننا رأينا أن الخضوع لمفعول موجب العقد لا يكفي لتمييز صفة الفريق. يجب أيضاً أن تكون لصاحب العلاقة سلطة إبرام الاتفاقية أو تعديلها أو العمل على تلاشيها بإجراء خاص بالعقد، أي بتوافق الإرادتين. ويبدو منطقياً، في هذه الرؤية، الأخذ بأن يصبح المستفيد من عقد لمصلحة الغير، بعد قبوله، فريقاً في العقد غير أنه، عندما يتعلق الأمر بعقد يبرمه عدة متعاقدين[1]، ليس في وسعه ممارسة امتيازاتهم في تعديل الاتفاقية أو العمل على تلاشيها إلاّ بموافقة المتعاقد معهما أي المشترط والواعد.

362 ـ يمكن أن يستفيد الغير من دعوى عقدية مباشرة مبنية على مبدإ عدالة المعاوضة.

ليس للدعاوى المباشرة، بخلاف الرأي الذي كان مقبولاً على وجه العموم[2]، أساس قانوني محض. فالعديد من هذه الدعاوى، من وجهة النظر التاريخية، كان مصدره اجتهادي. وقد تم قبولها في بعض الأوضاع الخاصة، على أساس نص غير دقيق حتى في غياب النص، لدواعي الإنصاف. ومن الممكن، في هذا الصدد، الأخذ بأنها تشكل «تصحيحاً» أكثر مما تشكل استثناء على مبدأ نسبية العقود، وقبولها، في هذه الفرضية أو تلك، خارجي عن إرادة من يستفيد منها وعن إرادتي المدين الثانوي والمدين الوسيط.

ويجوز الاستنتاج من تحليلات المؤلفين التي كانت في أساس الإرالية[3] أن قبول الدعاوى المباشرة، بغطاء اللجوء إلى المعنى العام للإنصاف، تتجاوب مع هاجس عدالة المعاوضة عندما يدخل حائز الدعوى، بتحويل قيمة في ذمة المدين الثانوي المالية، من وجهة نظر اقتصادية، في حقل العقد الذي يربط هذا الأخير بالمدين الوسيط، أو عندما يكون المستفيد من الدعوى هو المخصص الموضوعي بالتعويض[4]، مما يسوّغ أيضاً، في هذه الحالة الأخيرة، بمبدأ المنفعة الاجتماعية. ولذلك للدعوى المباشرة موضوع وحيد هو إنشاء منفعة لصالح من يستفيد منها بالسماح له بالتمسك ببعض المفاعيل الملزمة للعقد الذي يربط مدينه بمدينه الخاص وليس بجعله فريقاً في هذا العقد الأخير، على عكس ما أخذ به

---

(1) انظر الرقم 631 اللاحق.

(2) انظر: M. Cozian, L'action driecte، منشورات L.G.D.J.، 1969، مقدمة A. Ponsard، وكذلك H.,L.,J. Mazeaud, Obligations - théorie générale، الطبعة الثامنة، تأليف F. Chabas رقم 802. ـ G. Marty et P. Raynaud, Les obligations، الجزء 1، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 274.

(3) Ch. Jamin, La notion d'action directe، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1991، مقدمة J. Ghestin، رقم 299 وما يليه.

(4) الأمر على هذا المنوال في مادة البيوعات المتعاقبة، إذ يجب أن يفيد ضمان نزع اليد أو العيوب الخفية من هو مالك الشيء، أو في مادة تأمين المسؤولية الضحية التي تمتلك حقاً في تعويض يضمنه عقد التأمين الذي أبرمه المسؤول عن الضرر الذي أصابه.

المؤلفون الذين قدروا أن الدعوى المباشرة تكشف وجود علاقات عقدية شرعاً بمعنى مجموعات عقود[1].

إن هدف الدعوى المباشرة، بتعبير آخر، هو أن يصحح، تطبيقاً لمبدأ عدالة المعاوضة، مبدأ نسبية الاتفاقيات بالسماح لحائزها، حتى خارج رضاه، بالتمسك ببعض مفاعيل العقد الملزمة. غير أن موضوعها أو مفعولها، ليس من شأنه أن يجعل منه فريقاً في العقد.

فحائز الدعوى الذي لا يمكن أن يكون فريقاً في العقد الذي يربطه بالمدين الوسيط[2] ليس فريقاً في العقد الذي يربط هذا المدين الوسيط بمدينه الخاص. وليست له سلطة تعديل هذا العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادات.

363 ـ يمكن الاعتراف بصفة الدائن أو المدين للغير عندما تكون شرطاً ضرورياً لفعالية حجية العقد الكلية.

سنكتفي بإعطاء بعض الأمثلة.

لا يعتبر المدين المحال عليه، في حوالة الدين، فريقاً في علاقات الموجب الجديدة التي أنشأتها هذه الحوالة بين المحيل والمحال عليه، إنه هنا بصورة ما موضوع الحق وليس من هو أهل للحق. وعندما تكون حوالة الحق، ضمن بعض الشروط، محتجاً بها ضده، لا تكون هذه الحجية فعالة كلياً إلاّ أن يصبح في الوقت عينه مدين المحال عليه[3].

كما أن حجية العقود المتعلقة بالحقوق العينية لا يمكن أن تكون لها الفعالية التامة إلاّ، وفي الوقت عينه، بشرط قبول المفعول الملزم للاتفاقيات[4].

وبالمقابل لا يمكن أن يماثل الغير الذي يدعى ضده بوجود شبكة توزيع بأعضاء هذه الشبكة المدينين بموجب الحصرية في قطاع معين. وتواطؤه في انتهاك الموجبات العقدية الملقاة على أعضاء الشبكة يؤدي إلى مسؤوليته التقصيرية، ولكنه غير ملزم شخصياً بموجبات أعضاء شبكة التوزيع[5].

من البديهي في هذه الأوضاع جميعاً، في أي حال، أن الغير ليست له أبداً سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق الإرادات. وليس هناك أي مجال للاعتراف لهؤلاء الأشخاص بصفة الفريق، حتى ولو كان يمكن أن يخضعوا للقوة العقد الملزمة.

364 ـ إن إعادة التوزيع المقترحة لأوصاف الفرقاء والغير تجهد في التوفيق بين دور

---

(1) انظر بصورة خاصة B. Teyssié, Les groupes de contrats، منشورات L.G.D.J.، 1976، مقدمة J. M. Mousseron، رقم 476 وما يليه.

(2) ليست الحال دائماً كذلك. انظر الدعوى المباشرة لضحية حادث ضد مؤمّن المسؤول.

(3) انظر الرقم 375 اللاحق.

(4) انظر الرقم 396 اللاحق وما يليه.

(5) انظر الرقم 377 اللاحق.

الإرادة التي تميز العقد كإجراء خاص لإنشاء مفاعيل قانونية والضرورة المزدوجة للأخذ في الحسبان، من جهة أولى، أن امتداد مفاعيل العقد الملزمة ليس محدوداً بالأشخاص الذين كوّنوا العقد في الأساس بتبادل الرضا، وهذا ما لا يعارضه أحد اليوم، ولا يمكن أن يكون محدداً، ومن جهة ثانية أن وصف الفريق ينبغي أن يقدر طيلة حياة العقد، من تكوينه إلى تنفيذه أو تلاشيه.

فالفرقاء هم الأشخاص الذين أبرموا العقد بأنفسهم أو بفعل تمثيل اتفاقي أو قانوني والذين انضموا إليه عندما يسمح القانون بذلك، أو الذين جرى استبدالهم بالفرقاء المتعاقدين بنقل وضعهم العقدي الذي يجيزه القانون أو يفرضه، والمرتبطون إيجابياً وسلبياً بمفاعيله الملزمة، ويمتلكون الامتيازات الخاصة بهذا الوصف، أي إمكانية تعديل العقد أو وضع نهاية له بإجراء عقدي، أي بتوافق الإرادات.

وجميع الأشخاص الآخرون هم الغير. غير أن بعض الغير بإمكانه أن يتمسك بمفاعيل العقد الملزمة أو تحملها كاستثناء لمبدإ المفعول النسبي. ويقتضي مع ذلك عدم وصفه بفريق لأنه ليس، سوى جزئياً، في وضع مشابه لوضع الفرقاء المتعاقدين ولا يملك أي امتياز خاص بهذه الصفة، أي تعديل العقد أو وضع نهاية له حسب الإجراء العقدي، أي توافق الإرادات. فالقانون الوضعي، بإرادته أو بدونها، هو الذي يجعل منه دائناً أو مديناً استناداً إلى العقد، وهو حل مشروع ما دام من المقبول أن هذا القانون الموضوعي ذاته هو الذي يحدد مفاعيل العقد بين الفرقاء وتجاه الغير. وكما لاحظ المؤلفون[1] «طالما أن القوة الملزمة للعقد غير متأتية عن الوعد، وإنما عن القيمة التي يعلقها القانون على الوعد، يمكن تماماً قبول أن المشترع، حتى الاجتهاد، يقرر، للتقيد بهذه الأوامر، امتداد حلقة الأشخاص الملزمين إلى أبعد من الأشخاص الذين أبرموا العقد». ومن المسموح به أن يضاف «حتى إلى أبعد من الأشخاص الذين اكتسبوا صفة الفرقاء».

(1) F.Terré, Ph. Simler et Y. Lequette، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 460.

الباب الفرعي I

حجية العقد

365 ـ بعد أن قدمنا مبدأ الحجية سندرس الأنظمة الخاصة بالحجية.

الفصل الأول

مبدأ الحجية

366 ـ الحجية هي مكمِّل ضروري لقوة العقد الملزمة.

الحجية[1] ظاهرة عامة تنزع إلى تحقيق الاعتراف بوجود العقد من قبل الغير ذلك بأنه إذا كان هذا الغير مجازاً له التنكر لوجوده فإن ذلك لا يمكن، عملياً، أن يسيء إلى الفعالية حتى بين الفرقاء[2]. ويكفي إيراد بعض الأمثلة للاقتناع بذلك.

وحوالة الحق التي تأخذ من ذمة المحيل الحالية قيمة تصغّر الرهن العام لدائنيه. وعلى افتراض أن هؤلاء الدائنين بإمكانهم إنكار الحوالة، فإن هذه الحوالة لا يمكن أن تنتج المفعول الناقل المنشود في ذمتي المحال عليه والمحيل الماليتين طالما أنه يمكن دائماً اعتبار المحيل حائز الدين، وبتعبير آخر لن يكون للحوالة أي فعالية. كما أن المدين المحال عليه، وهو الغير في الحوالة، سيكون له الحق في التحرر بين يدي دائنه الأولي بدون أن يكون بإمكانه الاعتراض عليه. وقد لاحظ العميد Savatier أن «حوالة الحق» فضلاً كذلك «تفقد كل معناها إذ لم تكن تتيح للمحال عليه مقاضاة الغير المدين»[3].

---

(1) انظر بصورة خاصة I. Marchesseaux, L'opporsabilité du contrat aux tiers, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco - belges، L.G.D.J.، 1992، صفحة 68، وما يليها.

(2) لم يتردد السيد Fournier، عند دراسة العلنية العقارية، في الأخذ بأن «فعالية حق، أو عمل قانوني، تتوقف على حجيته تجاه الغير»، في موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v العلنية العقارية، 1988، رقم 1 ـ. M. Duclos، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 20، صفحة 45، الذي يشدد على أن العقود يجب أن «تشع خارج حلقة المتعاقدين من أجل القيام بهذا الدور الأساسي كأداة علاقات قانونية، واقتصادية بصورة كاملة». وحول الطابع العام للحجية يرجع، بشكل مفيد، إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض بتاريخ 4 كانون الأولي 1990 (النشرة المدنية، IV، رقم 307، صفحة 212). كان الأمر يتعلق بنزاع قضائي ضريبي تمسكت الإدارة فيه بأن أعمالاً ظاهرة كانت تخفي هبة. ولنقض الحكم المحال إلى محكمة النقض بينت قلباً لعبء الإثبات إذ أوردت «أنه كان يعود إلى إدارة الضرائب أن تثبت بكل الوسائل المنسجمة مع الطابع الخطي للإجراء الضريبي الصورية المتذرع بها لوصل بدفع الثمن الوارد في عقد تنازل كان، إذ يولد وضعاً قانونياً جديداً، بهذه الصفة محتجاً به في وجه أيّ غيرٍ، ولا سيما كعنصر بيّنة».

(3) Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1934، صفحة 528.

وحالة بند عدم المنافسة لها هذا الطابع المميز أيضاً. وإذا افترضنا، دائماً، أن للغير حق تجاهل هذه الاتفاقية، فإن في وسعه أن يتنكر، بلا عقاب، لموجب عدم الفعل، بالتعاقد مع المدين بحيث أن هذا الموجب سيكون في قسم كبير منه محروماً من الفعالية ولو كان من المسلّم به أن المدين يكون مسؤولاً عقدياً اتجاه شريكه في التعاقد.

كما أن وجود العقد الناقل للحق العيني أيضاً يُفرض على الغير لأنه، إذا كان هذا الغير مجازاً له إنكار وجوده، فلن يكون له أي فعالية وبالتالي غير تام.

إن المحاكم أخيراً، بالسماح للفريقين بالاحتجاج في وجه الغير بعقدهما لاستبعاد طلب التعويض المبني على الإثراء بلا سبب، تكون قد اكتفت بتطبيق المادة 1134 من القانون المدني، بدون أن تقول ذلك صراحة. وهكذا حكمت محكمة النقض «بأن للإثراء سبب مشروع عندما يكون مصدره عمل قانوني، حتى ولو كان مبرماً بين من أثرى والغير»[1]. وينتج من ذلك أن المقاول الذي لم يُدفع له وهو الذي شيد هذه الأبنية، في حالة إيجار يشترط أن تبقى الأبنية التي شيدها المستأجر على قطعة الأرض المؤجرة جميعاً في نهاية العقد ملك المؤجر بدون تعويض، لا يمكنه التذرع في وجه المؤجر بقواعد الإثراء بدون سبب. وليست قاعدة المفعول النسبي للعقود قابلة لأن تسيء إلى هذا الحل ذلك بأن «العقد يثار هنا لمجرد القول إن للإثراء سبباً مشروعاً»[2].

ومن المسموح به، انطلاقاً من هذه الأمثلة، القول إن الحجية هي مكمّل ضروري للقوة الملزمة للعقد[3]. وإذا ما وضعنا أنفسنا في وجهة نظر الفريقين تجاه الغير فإن الحجية تكون معدة لأن ينتج العقد مفاعيله كافة، وهذه المفاعيل وحسب؛ وينبغي عند ذلك الاستنتاج أنه لا يمكن أن يكون للحجية مفعول تزويد الفريقين تجاه الغير بحقوق غير التي يمكن أن تُشترط بينهما بشكل صحيح. وبتعبير آخر ليس في وسع الحجية تزويد الفريقين المتعاقدين بحق مطلق إذا كان موضوع عقدهما مجرد حق شخصي ليس إلاّ حقاً نسبياً[4]. والحجية، في تسلسل الأفكار عينه دائماً، لا يمكن أن يكون لها مفعول امتداد بعض مفاعيل العقد الملزمة إلى الغير، وإنما فقط بمقدار ما يكون هذا الامتداد مسوّغاً بمراعاة مبدإ القوة الملزمة للعقد[5].

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 أيار 1986، النشرة المدنية، III، رقم 83، صفحة 64؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 545، ملاحظة J. Mestre ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 شباط 1975، النشرة المدنية، III، رُقم 77، صفحة 58 ـ النقض المدني في 28 شباط 1939، Dalloz الدوري 1940، 1، 5، تعليق Ripert.

(2) Planiol et Ripert، تأليف Esmein, Radouant et Gabolde، الجزء VII، رقم 759، صفحة 63. إضافة إلى: Terré, Simler et Lequette، الموجبات، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 974.

(3) لا تعبر الحجية إذاً إلاّ عن مظهر للقوة الملزمة للعقد؛ وربما كان ذلك السبب الذي من أجله ظهر تعبير «الحجية» كلفظة مبتكرة. انظر F. Bertrand, L'opposabilité de contrat aux tiers، أطروحة في باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 1.

(4) انظر الرقم 377 اللاحق.

(5) انظر الرقم 374 اللاحق وما يليه.

وهذا التحليل يأخذ به اليوم بعض المؤلفين[1].

وهكذا تتيح هذه التحققات الأخذ بأن مدى مبدإ حجية العقد يتوقف بالتالي على طبيعة الموجبات الناشئة عن العقد بشكل صحيح وامتدادها[2].

367 ـ مجال مبداء الحجية.

يجري تفحص حجية العقد أحياناً في مظاهر ثلاثة؛ وهكذا يسترعي الانتباه أن العقد يحتج به الفريقان تجاه الغير كما يحتج به الغير تجاه الفريقين والغير تجاه الغير، ذلك بأن الحجية واقع اجتماعي ليس في وسع أي فرد جهله[3].

والفرضيتان الأوليان في الحقيقة تعودان إلى مجال الحجية بالمعنى الذي سبق تحديده بدقة.

وبالفعل لا ترتبط حجية العقد من قبل الغير تجاه الغير بمبدإ القوة الملزمة للعقد بمعنى أنها لا تؤثر فيه بأي شكل. فالأمر يتعلق بمجرد حجية مسماة «حجية صالحة للإثبات»؛ إن الفريقين، أو القاضي، يسعيان، في عقد ما، إلى معلومات معدّة لدعم فرضيتهما أو لبناء قناعتهما[4].

أما حجية العقد التي يتذرع بها الغير تجاه الفريقين فلا تبدو بداهة من الواجب ربطها بالقوة الملزمة للعقد.

وحجية العقد من قبل الغير تجاه الفريقين تثار بالفعل على وجه العموم لإثبات وجود خطإ من شأنه أن يؤدي إلى مسؤولية المتعاقدين[5]. وهذه الإمكانية، بدون أي علاقة، ليست مقيدة بقاعدة قوة العقد الملزمة. إن المقصود هو مجرد التعويض عن الضرر الذي يسببه للغير عدم تنفيذ العقد؛ فسوء تنفيذ عقد مقاولة، في مجال البناء العقاري مثلاً، يتذرع به أحد المارة

---

(1) Terré, Simler et Lequette, Les obligations، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 565، الذين بينوا مع ذلك أنه يجب عدم إهمال فرضية حجية العقد من قبل الغير ضد الفرقاء؛ وذلك ليس قصدنا، انظر الرقم 367 اللاحق.

(2) هذه الطريقة في تفحص المسألة تتيح استبعاد مشاكل غير صحيحة للأسلوب: كيف يمكن أن ينقل العقد، وهو عمل نسبي، بصورة فعالة، حق الملكية، وهو حق مطلق بحسب تعريفه؟

(3) J.L. Goutal, Essai sur le principe de l'effet relatif des contrats، أطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1981، رقم 33 وما يليه. ـ F. Bertrand, L'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة في باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، وهو يبني أطروحته على هذه الفكرة المزدوجة «حجية العقد من قبل الفريقين تجاه الغير» (القسم الأول) و «حجية العقد من قبل الغير تجاه الفريقين» (القسم الثاني). انظر أيضاً؛ J. Duclos, L'opposabilité (Essai d'une théorie générale) أطروحة من منشورات L.G.D.J.، 1984، مقدمة D. Main. قارن بـ I. Marchessaux، المرجع عينه، الذي يفرق بين الحجية الصالحة للإثبات والحجية الجوهرية.

(4) J.L. Goutal، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38، صفحة 38.

(5) انظر حول مجمل المسألة، الجزء La responsabilité: conditions, IV تأليف G. Viney، رقم 209 وما يليه ـ J.L. Goutal، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 36.

ضحية سقوط أي عنصر من البناء. والمسألة الوحيدة التي تطرح هي مسألة معرفة ما إذا كان مجرد عدم تنفيذ العقد كافياً لاعتبار المتعاقدين مسؤولين تجاه الغير[1].

وسنكتفي هنا ببعض الملاحظات. يبدو، في مادة البناء العقاري، ان الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض أعطت جواباً سلبياً على هذه المسألة استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني. وهكذا حكمت في 13 كانون الأول 1989 بأن قضاة الأساس ليس بإمكانهم إدانة المقاول من الباطن من الصف الثاني بضمان المقاول الأصلي عن الإدانات المحكوم بها عليه ذلك بأنه غير ملزم بموجب نتيجة إلاّ اتجاه من تعاقد معه، أي المقاول من الباطن من الصف الأول[2]. كما أن الغرفة عينها حكمت في 28 آذار 1990 بأن «موجب نتيجة تنفيذ عمل خالٍ من العيوب الملزم به المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي أساسه الوحيد العلاقات العقدية والشخصية الموجودة بينهما، ولا يمكن التذرع به من قبل صاحب العمل الأجنبي عن اتفاقية المقاولة من الباطن»[3].

وتبنت الغرفة نفسها، بالمقابل، وفي مواد أخرى، تحليلاً مختلفاً. وبالفعل ردت، في حكم أصدرته في 5 شباط 1992[4]، طعناً تمسك بخطإ عقدي لم «يكن يشكل بفعل الواقع أي خطإ تجاه الغير».

وفي الواقع كما بيّن السيد Jourdain يمكن إيجاد أحكام في الاتجاهين، ويقترح هذا المؤلف إذ ذاك التفريق حسب طبيعة الموجبات المضطلع بها من قبل الفريقين. فبعض هذه الموجبات عام لأنه «يفرض مسلكاً من شأنه تجنب التسبب بالضرر للغير وليس للمتعاقدين وحسب»؛ وبعضها الآخر، على العكس، «تعاقدي أكثر من غيره بنوع خاص». فيشكل التنكر للأولى الخطإ العقدي والتقصيري. وانتهاك الثانية، بالمقابل، لا يمكن أن يشكل وحده سوى الخطأ العقدي الذي ليس في وسع الغير التمسك به لدعم دعوى المسؤولية التقصيرية[5]. ولا يبدو هذا التفريق، مهما كان مفيداً، أن الاجتهاد قد أخذ به كما يعترف المؤلف بذلك. صحيح أن معيار التفريق المقترح ليس سهل المجس. ربما يقتضي إذاً الرجوع إلى الخيار التقليدي: أي إمّا قبول أن المادة 1165 تحظر اعتبار التخلف عن الموجب العقدي يشكل بالضرورة الخطأ التقصيري، وإمّا قبول العكس. وعند ذلك ربما يكون من الواجب تغليب

---

(1) انظر حول هذه المسألة G. Viney، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 214 ـ I. Marchessaux, L'opposabilité du contrat aux tiers، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، III، رقم 236، صفحة 129؛ Dalloz 1991، صفحة 25، تعليق J. Kullmann.

(3) Dalloz 1991، صفحة 25، تعليق J. Kullmann (غير منشور في النشرة الرسمية).

(4) النشرة المدنية، III، رقم 42، صفحة 26، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992 صفحة 567، ملاحظة P. Jourdain.

(5) الملاحظات المذكورة سابقاً، والملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 326 وما يليها.

المادة 1382 على المادة 1165 عندما تنص الأولى على أن «أي فعل للإنسان. .»، مما يستبعد أي تفريق مبني على مصدر الفعل الموجب للتعويض عن الضرر[1].

بيد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان أن الغير بإمكانه التمسك بالعقد بدون السعي إلى إثبات مسؤولية أحد الفريقين، مثلاً، لإثبات خسارة مصلحة المدعي في المقاضاة أو خسارة صفته[2]. وقد قبل الاجتهاد ذلك. والحال أن للحجية، في هذا المنطوق، مفعول تأمين فعالية مبدإ قوة العقد الملزمة.

إن دفع التعويض لضحية حادث مادي من قبل مؤمِّنه مثلاً الذي يحل محل هذا المؤمَّن في حقوقه بالنسبة إلى التعويض عن الضرر، يمكن أن ينزع عنه أي مصلحة أو صفة للمقاضة من أجل المسؤولية ضد المسؤول عن هذا الضرر. «إن مبدأ نسبية العقود لا يشكل عقبة أمام أن يتذرع الغير بتنفيذ العقد الذي يشكل تجاهه واقعة بلا شرط»[3].

وكذلك يقتضي رفض طلب المدعي، بداعي عدم وجود المصلحة، لأن موجباته السابقة التي كان يمكن أن تسوّغ مصلحة كهذه قد سقطت بموجب عقد. وهكذا ليس لمستأجر ملك زراعي جرى فسخ إيجاره مع عدول صريح للمؤجرين عن أي مطالبة ضده بفعل الإيجار المفسوخ مصلحة لإكراه المستثمرين الغائبين الذين تنازل لهم سابقاً عن أنواع قطع عديدة من الخشب بإعادة طرقات الملك إلى حالتها السابقة[4]. كما أنه ليس للمالك مصلحة في طلب طرد مستأجر ثانوي جرى إدخاله من قبل المستأجر السابق ما دام أن الإيجار الذي أبرمه مع المستأجر الجديد يشترط أن يجعل هذا الأخير استعادة الأماكن المؤجرة ثانوياً من قبل المستأجر السابق قضيته الشخصية[5]. وهكذا بإمكان المستأجر الثانوي (أو من الباطن) من المستأجر السابق أن يحتج في وجه المالك بالوضع القانوني الذي أنشأه عقد مبرم بين هذا الأخير ومستأجر جديد.

والأمر على هذا النحو في حكم صدر عن الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض في 16 كانون الأول 1957[6]. كان إسرائيلي قد تعرض، خلال الاحتلال الألماني، لاغتصاب الشقة التي كان يشغلها، قد قبل شقة أخرى في الملك وعدل مقابل ذلك عن أي مطالبة في

---

(1) انظر أيضاً ملاحظات A. Sériaux في Droit des obligations، منشورات PUF، 1992، رقم 57، صفحة 216، الذي يتمسك بصورة خاصة بأن «الخطأ في ممارسة الموجبات أياً كان مصدرها هو الذي يحتج به وليس العقد ولا مفاعيله».

(2) انظر J.L. Goutal، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 36.

(3) النقض التجاري، 11 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، III، رقم 23، صفحة 18. وعلى نقيض ذلك: حكم محكمة استئناف باريس، 3 أيار 1949، مجلة قصر العدل، 1949، 2، 26. إضافة إلى النقض التجاري في 19 تشرين الأول 1954، III، رقم 306، صفحة 232.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 أيار 1960 النشرة المدنية I رقم 258، صفحة 211.

(5) النقض المدني في 17 أيار 1962، النشرة المدنية IV، رقم 452، صفحة 361.

(6) النشرة المدنية IV، رقم 1262، صفحة 902.

هذا الشأن سواء تجاه المالكة أو تجاه المستأجرة التي تشغل الأمكنة. وقد أخذت الغرفة الاجتماعية بأن المستأجرة كان بإمكانها الاحتجاج بفعالية بهذه الاتفاقية ضد دعوى إعادة المسكن التي أقامها الإسرائيلي بعد ذلك ضدها.

إلاّ أنه يجب أن يكون المدعي قد فقد أي مصلحة في المقاضاة بفعل العقد.

وهكذا نقضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض حكماً استبعد دعوى العطل والضرر التي أقامها مالك ضد مكتب الدروس المسؤول عن الفوضى الناجمة عن الحالة السيئة للمعدات المستعملة. كانت محكمة الاستئناف قد استندت إلى العقد الذي يربط صاحب العمل بالمقاول والذي يضع على عاتق المقاول المسؤولية التي يمكن أن تنتج عن توريد المعدات. وحسب محكمة النقض «إن بنود الصفقة.. الخاصة بالمقاول في علاقاته بصاحب العمل لا يمكن أن تنشىء سبب إعفاء مكتب الدروس «الذي كان تقصيره في مهمته الخاصة محققاً منه بشكل جلي»[1]. إن صاحب العمل، في هذه القضية، ولو كان يملك بموجب العقد الذي يربطه بالمقاول مراجعة ضده، كان ما زال محتفظاً بمصلحة أكيدة في مقاضاة مكتب الدروس. وواقع وجود مدينين اثنين بموجب واحد لا يمكن أن يجيز لأحدهما الادعاء بالتبرؤ منه.

وفي حكم رد بتاريخ 21 آذار 1972[2] حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض أيضاً بأنه «إذا لم يكن للاتفاقيات، مبدئياً، مفعول إلاّ تجاه الفريقين، فلا ينجم عن ذلك أن القضاة لا يمكنهم البحث في الأعمال الأجنبية عن أحد الفريقين عن المعلومات التي من شأنها تنوير قرارهم، أو لا يمكنهم اعتبار اشتراطات العقد منشئة وضعاً واقعياً تجاه الغير».

كان بإمكان الغير إذاً التمسك بعقد لم يكن فريقاً فيه. غير أنه من المهم ملاحظة أن هذا الحكم لم يكن يفرض على قاضي الأساس إقامة وزن للعقد الذي يتمسك الغير به. وقد بينت الغرفة المدنية الثالثة أن القضاة «كان بإمكانهم» ذلك، مما يستدعي أنهم لم يكونوا بالضرورة ملزمين به. وبتعبير آخر لم تكن حجية العقد ملزمة بالنسبة إلى القضاة.

ويبدو أن هذا التقييد قد رفعه حكم هام صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 22 تشرين الأول 1991[3].

كان رئيس الشركتين، في هذه القضية، قد كفل تعهداته تجاه أحد المصارف. وعقب

---

(1) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط 1972، النشرة المدنية، III، صفحة 69، رقم 95.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 137. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 شباط 1952، النشرة المدنية I، رقم 55، صفحة 44، وحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تموز 1956، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 136.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G.I، 3570، صفحة 148، وصفحة 149، ملاحظة M. Billiau؛ تعليق J. Ghestin في D. 1993، صفحة 181، مجلة اجتهاد القانون الإداري، رقم 6، صفحة 12؛ النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209.

الاستملاك كان بعض موجودات هذا المصرف (أصوله) قد جرى التفرغ عنه لمصرف آخر، بما في ذلك الديون المضمونة بالكفالة. إلا أن المصرف الأول قاضي الكفيل للدفع، فتمسك هذا الكفيل بأن المصرف لم تعد له الصفة للمقاضاة بسبب حوالة الدين الحاصلة. وقد ردت محكمة الاستئناف هذه البرهنة بحجة أساسية أن الكفيل لم يكن في وسعه التمسك بهذه الاتفاقية التي لم يكن فريقاً فيها ولم تبرم لمصلحته. فنقضت محكمة النقض هذا الحكم ببيان «أنه بالحكم على هذا النحو، في حين أن الغير، إذا لم يكن بإمكانه أن يكون دائناً أو مديناً في عقد، بإمكانه التذرع لمصلحته، كواقعة قانونية، بالوضع الذي أنشأه العقد». وبالتالي كان بإمكان الكفيل التذرع بحوالة الدين الحاصلة خارجاً عنه الاحتجاج متنصراً في وجه الادعاء بأن يدفع للمحيل.

إن الغرفة التجارية في محكمة النقض، بالحكم على هذا النحو، بينت، في حكم مبدئي، طالما أن الأمر يتعلق بحكم نقض لانتهاك القانون، مدى المادة 1165 من القانون المدني وطبقت بالضرورة، بدون أن تشير إلى ذلك صراحة، مبدأ الحجية (لم يظهر التعبير في الحكم). وبنقضها حكم محكمة الاستئناف، بهذه الطريقة على وجه الخصوص، حددت بأن القضاة لا يملكون سلطة رفض إقامة وزن للعقد عندما يجري التمسك به. وهكذا تصبح حجية العقد لجهة الفريقين ملزمة مما يتيح تأكيد فعاليتها.

وبالفعل، إذا لم يكن بإمكان الغير التمسك بالعقد المبرم خارج حضوره، فإن أحد الفريقين يكون له الحق في تجاهل تعهداته الخاصة، وتكون القوة الملزمة المبدأ الفارغ من معناه أو المبدأ الذي لا يمكن أن يعاقب إلاّ على صعيد المسؤولية، وهذا ليس موضوع المادة 1134 من القانون المدني. وبعبارة أخرى إذا كان يمكن للغير أن يتمسك بالعقد المبرم خارجه فذلك لأن أحد المبادىء التكميلية، أي مبدأ القوة الملزمة، يفرض أن يراعي الفريقان تعهداتهما في علاقاتهما الشخصية وفي علاقاتهما مع الغير. والتمسك بالعقد من قبل الغير ضد أحد الفريقين يعود إذاً لمجال مبدإ الحجية.

وينبغي كذلك بيان أن تطبيق مبدإ الحجية يفترض بالضرورة أن تكون جميع المعاملات المطلوبة قانوناً من أجل الحجية قد قام بها الفريقان[1].

إن مجال حجية العقد يحوي إذاً حجية العقد من قبل الغير في وجه الفريقين وحجيته من قبل الفريقين تجاه الغير. والنمو الذي تبع لا يتضمن مع ذلك إلاّ إبداء الحجية الأخيرة لثلاثة أسباب. إن الحجية من قبل الفريقين تجاه الغير هي إلى حد بعيد الفرضية الأكثر تواتراً في الممارسة. ثم الحجية من قبل الغير تجاه الفريقين، كما رأينا، تتقلص عموماً إلى مسألة مسؤولية. وأخيراً، عندما لا تكون الحالة على هذا النحو، تكون الحلول الصادرة على صعيد مبادىء الحجية من قبل الفريقين تجاه الغير مطبقة مع ما يلزم من تعديل على حجية الغير تجاه

---

(1) إن النزاع الذي رفع إلى محكمة النقض إذ افسح في المجال لحكم 22 تشرين الأول 1991 لم يقحم في القضية إنجاز معاملات العلنية.

الفريقين بسبب الطابع الموحد للمفهوم الذي تم درسه. يظهر إذاً من المفيد تفحص أنواع النمو الخاصة.

368 ـ بما أن مبدأ الحجية يتوقف على طبيعة الموجبات العقدية، فإن دراسته تقود إلى التفريق في أول الأمر ـ ووفقاً لتصنيف تقليدي للحقوق الذاتية ـ حسبما يكون موضوع العقد حقاً في دين أو حقاً عينياً.

القسم 1

العقود التي يكون موضوعها حقاً في دين (له)

369 ـ يجب تحديد طبيعة الحجية قبل تفحص إعمالها.

الفقرة 1 ـ مقياس مبدإ الحجية

370 ـ تكشف هذا المبدأ قصديته: تؤمن الحجية فعالية العقد التامة بين الفرقاء، وهذا يسوس معاقبتها.

I ـ تؤمن الحجية فعالية العقد التامة

371 ـ تنتج الحجية لتأمين فعالية العقد التامة مفاعيل متغيرة تأمر بها طبيعة الموجبات التي ينشئها العقد. يقتضي التفريق إذاً بين العقود التي يكون موضوعها موجب الفعل أو عدم الفعل والعقود التي يكون موضوعها نقل الدين.

أ ـ العقود التي يكون موضوعها موجب الفعل أو عدم الفعل.

372 ـ تترجم الحجية تجاه الغير بموجب عدم الفعل[1] المعاقب بالمسؤولية التقصيرية[2] التي لا يمكن مماثلتها بامتداد مفاعيل العقد الملزمة.

بيد أنه جرى التساؤل في الفقه عما إذا كان الاجتهاد، بغطاء الحجية، يجعل العقد في الحقيقة منتجاً مفاعيل ملزمة تجاه الغير[3]. فالمحاكم، باعترافها بأن الغير يرتكب الخطأ ويتحمل المسؤولية التقصيرية عندما يشارك في انتهاك موجبات عقدية لم يكن فريقاً

---

(1) F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، وهو يفضل الكلام على «موجب عدم الانتهاك». وهذا النعت لا يضيف في الواقع شيئاً، ويبدو من الأفضل تبني التعابير المستعملة.

(2) J. Marchessaux, L'opposabilité du contrat aux tiers، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 24 وما يليه.

(3) انظر Weill الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 230 وما يليه.

فيها[1]، تعترف بالضرورة بأن الغير تنكر لموجب موجود سابقاً يفرض عليه. والحال أن هذا الموجب لا يمكن أن يكون مصدره إلاّ العقد وليس المبدأ العام للحجية الذي لا يمكن أن يكون له مفعول اقتطاع حق من ذمة الغير المالية أو امتياز له. والاستدلال على هذا النحو يعني القول إنه إذا تم القبول أن الغير إذا انتهك هذا الموجب فلأن هذا الموجب مفروض عليه كموجب عقدي وليس كمجرد فعل[2].

وهكذا يبدو أن Demogue قبل وجود مفاعيل ملزمة تجاه الغير يحدده بموجب سلبي. «يجب التمسك باعتبار نفسي: كان الغير على علم بالدين السابق. إنه يتصرف إذاً للإضرار بالدائن أو لقبول الإضرار به. وينبغي على القاضي إذاً الاختيار بين مراعاة حريته في هذه الظروف التي ليست ذا شأن في المصحلة أو حق الدائن غير المنازع فيه في الحصول على تحصيل حقه. هذا هو الاعتبار ذو الطبيعة التشريعية الذي يدفع هنا إلى إعطاء مفعول سلبي للموجب تجاه الغير»[3].

ويأخذ المؤلف متابعاً تحليله «بأن العقد، في الحقيقة، عن طريق تحديد للمبدإ الفرداني للمادة 1165، كما هو مفهوم في الغالب، يجبر المتعاقد على العمل والغير الذي يعلم بالموجب على عدم إعاقة تنفيذه. كما أن الاشتراط لمصلحة الغير ينشىء حقوقاً للمشترك وللغير، كما ينشىء العقد موجبات على المتعاقد والغير. ويصبح الغيرُ الذي هو على علم بالعقد منضماً إلى هذا العقد عندما يساعد على التنكر له»[4]. إن هذا التحليل منطقي في الظاهر: ما دام أنه يجعل من الغير الأصلي فريقاً في العقد يغدو من الممكن الادعاء أن بعض مفاعيل العقد تصبح ملزمة بالنسبة إليه. غير أن له عيباً موجباً للبطلان: إنه يرتكز على قرينة إرادة لا شيء يسوّغها. وبالفعل لا يمكن استنتاج إرادة الغير في الانضمام إلى العقد من مجرد علمه به. والحال أن المبدأ يبقى بمعنى أنه لكي يكون الشخص فريقاً في العقد يجب أن يكون قد شاء هذا، يضاف إلى ذلك أن مجرد واجب مراعاة الوضع العقدي الذي يربط الغير لا يعني أن الغير ملزم استناداً إلى العقد. فالحجية مثلاً، في شأن بند عدم المنافسة، تمنع الغير اللجوء إلى خدمات المدين ولكنها لا تمنعه مزاولة نشاطه المبين في البند. وهذا البند لا يمكن إذاً أن

---

(1) انظر على سبيل المثال النقض المدني في 27 أيار 1908، Dalloz الدوري 1908، 1، 459؛ Sirey 1910، 1، 118 ـ غرفة العرائض في محكمة النقض، 3 آب 1934، Dalloz الأسبوعي 1934 صفحة 489؛ مجلة قصر العدل 1934، 2، 640 ـ غرفة العرائض، 2 حزيران 1930، Dalloz 1930، صفحة 377؛ Sirey 1931، 1، 350؛ مجلة قصر العدل، 1930، 2، 119 ـ محكمة Aix، 10 آذار 1938، Dalloz الأسبوعي 1938، صفحة 379، انظر الأحكام المستشهد بها في الرقم 386 اللاحق.

(2) انظر: R. Savatier, Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1934، صفحة 543، رقم 28، وبالنسبة إليه «ليس صحيحاً القول إن الموجب لا يفرض واجبات إلاّ على المدين، أنه يفرض واجبات على الغير أيضاً».

(3) Obligations، الجزء VII، 1933، رقم 1175، صفحة 598 في بدايتها.

(4) المرجع عينه، رقم 1176، صفحة 600 في بدايتها.

ينتج أي مفعول ملزم في ذمة الغير المالية. وبتعبير آخر لا يغدوا مديناً فيها.

إلا أن هذا الرأي لم يعد مقبولاً في الفقه السائد الذي في عرفه ليست مسؤولية الغير في التنكر للعقد استثناء لمبدإ المفعول النسبي للعقود.

وقد طرح العميد Weill، بعد أن بيّن أن اجتهاد محكمة النقض يأخذ بمسؤولية الغير التقصيرية تجاه المتعاقدين عندما يتنكر لعقدهما مع علمه به[1]، مسألة معرفة ما إذا كان الأمر متعلقاً بقبول مبدإ المفعول النسبي للعقود أم لا[2].

وقد أعطى جواباً سلبياً على ذلك بالأخذ بأن مفاعيل العقد لا تربط الغير: «لا يلاحق الغير الذي اشترك في انتهاك العقد استناداً إلى دعوى مصدرها العقد». . «يلاحق الدائن الغير بسبب الخطإ الذي ارتكبه بدفع المدين إلى عدم التنفيذ أو بمساعدته غشياً على عدم التنفيذ وحسب؛ وهذا الخطأ هو الذي يشكل الرباط القانوني بين الغير والدائن»[3]. ويضيف المؤلف إن حق الدائن تطور ولم يعد من الممكن فهمه كرباط شخصي وحسب بين الدائن والمدين[4]، واستنتج من ذلك إن حق الدائن من الواجب حمايته كالحق العيني طالما أنه ينفصل عن شخص المتعاقدين. ويفترض هذا التحليل الأخير الاعتراف للحق الشخصي بطابع مطلق أو على الأقل بطابع قريب من الحق العيني، وليس ذلك مقبولاً من الجميع، وهو في أي حل، موضوع خلافات شديدة[5]. ومن غير المفيد في الحقيقة البحث خلف تطور مزعوم للحق الشخصي عن تسويغ للقانون الوضعي. لا يكفي التحقق من أن الحجية ضرورية لفعالية قوة العقد الملزمة. وهذا الاعتبار وحده يتيح تسويغ عدم إمكانية الغير في التنكر لوجود عقد مكوّن شرعاً.

وقد توصل مؤلفون آخرون، انطلاقاً من تحاليل متميزة، إلى الخلاصة عينها، ففي عرف السيدين Malaurie و Aynès أن الغير، وهو غير مرتبط بالعقد إلاّ أنه مفروض عليه، يكون مخطئاً في ادعاء نفيه[6]. وهذا التحليل يشاطرهما فيه M. Aubert[7] و J. Duclos[8] و M. Larroumet[9].

---

(1) انظر حول مجمل المسألة، الجزء IV، La responsabilité: conditions، تأليف G. Viney رقم 202 وما يليه، والمؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد. بالإضافة إلى S. Ginossar, Liberté contractuelle et respect des droits des tiers, émergence du délit civil de fraude منشورات L.G.D.J.، 1963.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 412.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 414 في نهايتها، وصفحة 415 في بدايتها.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 238، صفحة 416 وما يليها.

(5) انظر المدخل العام، رقم 217 وما يليه.

(6) Obligations، رقم 655.

(7) Les obligations، المجلد 1، رقم 434. وكذلك Terré, Simler et Lequette، المرجع عينه، رقم 469.

(8) الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 173، صفحة 200، «لا يمتد المفعول الملزم للاتفاقية إلى الغير الذي يتحمل فقط مفعولها غير المباشر. ولذلك يتحمل الغير غير الشريف مسؤولية تقصيرية وليس مسؤولية عقدية».

(9) الجزء III، Les obligations، القسم الأول، رقم 746.

وأحد البراهين الذي يبرز في الغالب جهاراً أو بين السطور، لدعم هذا الرأي، هو أن مسؤولية الغير ذات طبيعة تقصيرية لا عقدية[1].

وقد جرى تقديم تحاليل أخرى لتسويغ موقف الاجتهاد إلا أنها رُفضت بصواب ولاسيما من قبل Starck[2]. وهكذا تُستبعد على التوالي التفسيرات المستخرجة من التعسف في استعمال الحق[3]، لأن الغير ليس في نيته بالضرورة الإضرار بأحد المتعاقدين، والتنكر للواجب العام بعدم الإضرار بالغير[4]، ذلك بأن ثمة حالات لا يكون فيها الإضرار بالغير عن قصد خاطئاً، أو كذلك عدم مراعاة القاعدة الخلقية[5] لأن هذه القاعدة ينقصها هنا التحديد الدقيق.

373 ـ تترجم الحجية أيضاً بالرفض المشروع لأحد فريقي العقد بأن يلتزم تجاه الغير.

لا شك في أن من يكون مرتبطاً ببند عدم المنافسة بإمكانه أن يرفض شرعاً اقتراحات الاستخدام التي يقدمها الغير. وأكثر من ذلك عليه أن يرفض تحت طائلة المسؤولية العقدية.

وقد طرحت المسألة في فرضيات أخرى لمعرفة ما إذا كان العقد يمكن أن يسوّغ رفض البيع، . على سبيل المثال يلتزم أحد المنتجين بأن يورّد حصرياً لبعض البائعين بعد الشراء. فهل بإمكانه، احتجاجاً بالعقد، أن يرفض أن يورّد للغير المنتجات المقصودة ببند الحصرية؟.

أعطى الاجتهاد جواباً تأكيدياً على ذلك، استناداً إلى الأمر الاشتراي بتاريخ 30 حزيران 1945 مع إقران رفض البيع بشروط.

وهكذا حكمت الغرفة الجنائية في محكمة النقض، في 11 تموز 1962 (Brandt) بأن «عقد الامتياز الحصري الذي بمقتضاه يحدد المتعاقدان نفسيهما تبادلياً حريتهما التجارية، إذا ثبت أن موضوعه، حتى مفعوله، ولو كان غير مباشر، تحديد ثمن بيع المنتج، وإنما ينزع على العكس بشكل أساسي إلى تأمين تحسين للخدمة المقدمة للمستهلك، يمكن أن يكون مفعوله جعل السلعة التي يحتجزها البائع لا غنى عنها قانوناً للغير»[6] إنه حل مماثل جرى

---

(1) انظر الرقم 386 اللاحق.

(2) Variations sur un thème classique - Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، 1180، رقم 40 وما يليه؛ انظر أيضاً G. Viney، المرجع عينه، رقم 202.

(3) معيار منسوب إلى P. Esmein في Planiol et Ripert، الجزء VI، رقم 590.

(4) معيار منسوب إلى Savatier في La responsabilité، الجزء I، رقم 135 وما يليه.

(5) معيار منسوب إلى Ripert في. . . La règle morale، رقم 170.

(6) 1962 Dalloz، صفحة 497، تقرير Costa؛ 1962 Sirey ، صفحة 219، تعليق J. Robert ـ وبالمعنى عينه النقض الجنائي في 27 تشرين الأول 1964؛ 1964Dalloz، صفحة 753، تعليق J.-L.C؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، النشرة الجنائية، رقم 117، صفحة 292؛ 1973 Dalloz، صفحة 677، تعليق T. Ivainer؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17222، تعليق P.L.

اعتماده في شأن شبكات توزيع انتقائية[1].

ويسوّغ اليوم رفض البيع الوارد في المادة 36 من الأمر الاشتراعي رقم 86 ـ 1243 في أول كانون الأول 1986[2] بتطبيق مادته رقم 10 ـ 2°[3]، شرط مراعاة القواعد الأوروبية للمنافسة أيضاً.

وتقود حجية العقد تجاه الغير أخيراً، طالما أن صحة العقد تم إثباتها، إلى إضفاء الشرعية على رفض البيع، أي رفض التعاقد. وتتيح حجية العقد إذاً للعقد أن ينتج مفاعيله جميعاً.

ب ـ العقود التي يكون موضوعها نقل الدين (له).

374 ـ تترجم حجية العقد بامتداد مفاعيله الملزمة تجاه بعض الغير.

ليس الدين (له) قيمة في الذمة المالية وحسب، أنه أيضاً رباط قانوني وعند التصرف بالدين لا يؤدي ذلك فقط إلى نقل قيمة وإنما أيضاً إلى نقل وضع عقدي فاعل[4].

وتمثل حجية العقود التي يكون موضوعها نقل دين (له) بالضرورة نوعاً من الذاتية يقيم القانون الوضعي وزناً لها بقبول إنتاجها مفاعيل تجاه بعض الغير.

وهذا ما تبينه دراسة بعض مظاهر حوالة الحق والحلول.

---

(1) النقض الجنائي، 3 تشرين الثاني 1982، النشرة الجنائية، رقم 238، صفحة 650؛ Dalloz1983، الصفحة 112 من التقرير، ملاحظة C. Gavalda و C. Lucas De Leyssac؛ مجلة قصر العدل، 1982، تعليق J.-P. Marchi. وكذلك النقض التجاري، 22 تشرين الأول 1991، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1992، رقم 144، صفحة 107، بيان أن إثبات شرعية رفض البيع يقع على عاتق الصانع.

(2) انـظـر: G. Virassamy, Le nouveau régime des pratiques restrictives entre professionnels (art. 36 de D'ordonnance du pᵉʳ décembre 1986) Dalloz 1988، العرض، XVII، صفحة 113 وما يليها، ولا سيما رقم 16 وما يليه.

(3) حسب هذا النص: «لاتخضع لأحكام المادتين 7 و 8 الممارسات. . 2° التي بإمكان فاعليها أن يسوّغوا أن مفاعيلها أن تؤمن تقدماً اقتصادياً وأن تحتفظ للمستعملين قسماً منصفاً من الربح الناتج عنها، بدون إعطاء المؤسسات صاحبة العلاقة إمكانية استبعاد المنافسة لقسم أساسي من المنتجات المعنية. ويجب أن لا تفرض هذه الممارسات تقييدات للمنافسة إلا بمقدار ما تكون لا غنى عنها للوصول إلى هدف التقدم».

(4) J. Carbonnier, Obligations، الطبعة 17، الفقرة 315، الذي يلاحظ أن «الدين ليس ديناً أيّاً كان: إنه علاقة قانونية شخصية يقتضي فيها، فرضياً، إجراء استبدال من هو أهل للحق». وقد بسط (استشهد به Von Tuher، J. Carbonnier، المرجع عينه، الفقرة 320) مفهوماً آخر لحوالة الحق بأن هذه الحوالة موضوعها الدين ذاته وليس مجمل علاقة الموجب. انظر L. Aynès, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة من منشورات Economica، 1954، مقدمة Ph. Malaurie، رقم 21 وما يليه، صفحة 32 وما يليها، التفريق بين نموذجين من الحوالة، أولاً حوالة حق بصفها حوالة حق ـ دفع لا تنقل سوى دخل الدين وثانياً حوالة حق تعطي المتنازل له «الوضع العقدي للمتنازل» ويكون في الحقيقة، لهذا السبب، تنازلاً عن العقد.

375 ـ حوالة الحق.

تقود الحجية في ما يختص بحوالة الحق بالضرورة في مكان المدين المحال عليه إلى امتداد مفاعيل عقد التنازل الملزمة. وبما أن نقل الدين يؤدي إلى تغيير شخص الدائن فإن المدين المحال عليه، وهو الغير فيه، يجد مفاعيل العقد مفروضة عليه مباشرة. ويصبح الغير ملزماً تجاه المحيل ـ وليس فريقاً في العقد[1]، بدون أن يكون قد أراد ذلك؛ إن عليه إذاً تنفيذ التقديم الموعود به لدائنه الأولي بين يدي المتنازل له.

كما أن المتنازل له يصبح ملزماً بعقد بمقتضاه يتلقى دفعاً؛ وهكذا بإمكان المدين المحال عليه التمسك بجميع الدفوع المرتبطة بالموجب، كالدفع بالبطلان[2]. وبإمكان المدين المحال عليه أيضاً مواجهة المتنازل له بالدفوع الناشئة بعد التنازل ومنها الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ[3]. وذلك يعني بيان أن حجية الدفوع تفسر بقوة العقد الملزمة المولدة الدين المتنازل عنه[4]. وهكذا يتبين من جديد الرباط الموجود بين حجية العقد وقوته الملزمة.

376 ـ الحلول.

يؤدي الحلول الذي يوافق عليه الغير للدائن الذي يتلقى الدفع إلى نقل الدين لمصلحة الحالّ (أي من حل محله)[5]. وهذا المفعول الناقل مشترك بين جميع أنماط تحقيق الحلول الصادر عن الدائن أو القانوني[6] والذي يوافق عليه الدائن. وقد ذكّرت الغرفة التجارية في

---

(1) إلاّ أن يلتزم شخصياً تجاه المتنازل له فلا يستطيع في هذه الحالة الاحتجاج في وجه المتنازل له بالدفوع الملازمة للدين.

(2) انظر غرفة القرائض في محكمة النقض، 29 حزيران 1881؛ Dalloz الدوري 82، 1، 33؛ يوميات الكتابة العدل، 1881 البند 22613، صفحة 719، الحكم بصورة واضحة بأن «المبدأ في القانون أن لا أحد يستطيع التنازل للغير أكثر من الحقوق التي يملكها هو؛ وأن المتنازل له، في التنازل عن الحقوق غير المادية، المرتهن بمقتضى التنازل جميع المنافع الملازمة للدين المتنازل عنه، له الحق أيضاً في الدفوعات التي يمكن أن يحتج بها المدين تجاه المحال عليه، ومن غير المهم أن يكون التنازل قد أبلغ للمدين إذا لم يكن المدين بقبوله التنازل قد جعل نفسه مديناً شخصياً للمتنازل له، وليس للتبليغ الوارد في المادة 690، مفعول سوى إعلام المتنازل له تجاه المدين المحال عليه، كما تجاه الآخرين جميعاً، بالحقوق التي كانت للمتنازل وحدها؛ وإذا كان حسن نية المتنازل له يجب أن تؤمن له مراجعة ضد المتنازل فإنه لا يمكن أن يجبر المدين تجاهه بأكثر مما كان مجبراً عليه تجاه المتنازل». انظر أيضاً غرفة العرائض. انظر أيضاً في محكمة النقض، 5 تشرين الثاني 1889؛ Sirey 91، 1، 407 (باستثناء الخداع).

(3) انظر بهذا المعنى Ph. Maravric et L. Aynès, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1229، صفحة 713 وصفحة 714 ـ Marty, Raynaud et Jestaz, Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، رقم 359. ولم يرد ذكر أي اجتهاد لدعم هذا الرأي المسوّغ مع ذلك بالقول المأثور: لا يمكن أن يعطي أحد أكثر مما يملك. انظر الحكم المعني، التعليق السابق.

(4) Ph. Malaurie et L. Aynès، المرجع عينه ـ L. Aynès، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 39.

(5) J. Mestre La subrogation personnelle، أطروحة منشورة في L.G. D.J.، 1979، مقدمة P. Kaiser، رقم 305 وما يليه.

(6) J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 313، صفحة 347 وصفحة 368.

محكمة النقض، في 3 نيسان 1990[1]، بأن الدائن الذي يتلقى الدفع من شخص ثالث «ينقل إلى هذا الشخص حقوق الدائن تجاه المدين وأسهمه».

وتنتج، كما في حوالة المستقل، خلافة في علاقة الموجب تترجمها قاعدة حجية الدفوع[2]، مما يبين أن الحجية تقود إلى امتداد المفاعيل الملزمة لعلاقة الموجب الأولى، وذلك بنتيجة الحلول. والأمر يتعلق هنا أيضاً بالحمل على مراعاة القوة الملزمة للعقد الأولي.

II ـ لا تؤمن الحجية إلاّ فعالية العقد التامة

377 ـ المقصود بذلك أن الحجية لا يمكن أن يكون لها مفعول تزويد الفريقين تجاه الغير بأكثر من الحقوق التي يمكن أن ينتجها العقد بينهما.

كانت المسألة بشكل ملموس معرفة ما إذا كان العقد الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً، نسبياً بحسب تعريفه، يمكن أن يزود الفريقين بحق مطلق تجاه الغير. إن جواباً سلبياً يفرض نفسه. ومع ذلك كانت هذه المسألة موضع جدال عندما طرحت في مجال التوزيع الحصري أو الانتقائي.

وهكذا جرى التساؤل عما إذا كان بإمكان الفريقين في عقد توزيع إن يمنعا الغير، على أساس العقد، تتجير المنتجات موضوع شبكة التوزيع ما دام الغير على علم بها حتى ولو لم يكن المدين العقدي مشتركاً في التنكر للشبكة. وبتعبير آخر في غياب مشاركة ثالثة.

كان قضاة الأساس، في زمن أول[3]، ثم محكمة النقض، قد أجابوا بتأكيد ذلك بنقل الحلول المتبناة في مجال المشاركة الثالثة بلا قيد أو شرط، وهكذا حكمت محكمة النقض

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 77؛ Dalloz 1990، الصفحة 105 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 661، رقم 9، ملاحظة J. Mestre.

(2) انظر: J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 406 وما يليه، صفحة 471 وما يليها.

(3) انظر حكم محكمة Douai، الغرفة الثانية، 26 كانون الثاني 1961، مجلة قصر العدل، 1961، 2، 145(عقد حصرية). ـ باريس، لغرفة الرابعة، 22 حزيران 1960، مصنف الاجتهاد الدوري، 196، II، 11857، تعليق A.Chavanne. ـ حكم محكمة بوردو، الغرفة الثانية، 10 كانون الأول 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1959، II، 10933 (عقد حصرية). انظر مع ذلك حكم محكمة Aix، 10 آذار 1937، مصنف الاجتهادات الدوري، 1937، 253، تعليق J.L.، تسويغ القرار بالحكم بأن البائع بعد الشراء، باكتساب المنتج، انضم إلى العقد الذي لم يكن فريقاً فيه في الأساس. ـ محكمة التجارة في فرساي، 14 حزيران 1939، مجلة قصر العدل، 1939، 2، صفحة 360 (بند الثمن المفروض). إن المحاكم تسوّغ بالإجمال أحكامها بالتفريق حسب طبيعة المنتج: إذا كان المنتج من الضرورة الأولى فإن بنود الحصرية أو الثمن المفروض التي تشتمل تعطيلاً للمنافسة الحرة كانت تعلن عدم شرعيتها؛ وبالمقابل، إذا تعلق الأمر بتجارة منتجات أخرى، كمالية على العموم، فإن البنود كانت تعلن صحيحة و «يحتج» بها بوجه الموزعين الذين هم على علم بها.

في عام 1978[1] بأن تتجير الأموال مع التنكر لعقد توزيع حصري مع العلم بذلك يجعل الموزع غير المعتمد مسؤولاً تقصيرياً بسبب المنافسة غير الشريفة.

بيد أن حكمي 16 شباط و 12 تموز 1983 الصادرين عن الغرفة التجارية في محكمة النقض تخليا عن هذا المذهب[2]. فقد ردت محكمة النقض في الحكم الأول الطعن بحجة «أن محكمة الاستئناف أخذت عن وجه حق بأن الواقعة المتذرع بها باستيراد آلات ومعدات من Mitsubishi من أجل بيعها في فرنسا رغماً عن حقوق الحصرية لشركة Universal مع العلم بذلك لا يشكل بحد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عمل منافسة غير شريفة». كان ذلك تأكيد أن مجرد العلم بالعقد لا يمكن أن يفرض على الغير الذي يوزع المنتجات ذاتها موجب امتناع، وذلك نتيجة العقد الذي بقي أجنبياً عنه.

كما جرى الأخذ بحل مماثل يتعلق بالتوزيع الانتقائي (الذي لا يتضمن أي حصرية لصالح الموزعين المعتمدين)[3].

وحكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم صدر في 10 كانون الثاني 1989[4]، بأن محكمة استئناف پو «أخذت بحق بأن تتجير منتجات تعود لشبكة توزيع انتقائي لشركة Nina Ricci لاي شكل بحد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عملاً خاطئاً» يجعل الموزع غير الانتقائي مسؤولاً. وكان الطعن قد تمسك صراحة بأن شبكة التوزيع الانتقائي كانت شرعية، ومفعول ذلك جعل السلعة غير قابلة قانوناً للتصرف بها تجاه الغير وتسويغ ارتكاب الموزعين غير المعتمدين الخطأ المناقض لعادات التجارة ببيع هذه السلعة بدون الحصول على الموافقة التي كانوا يعرفون ضرورتها وشرعيتها. وقد قدرت الغرفة التجارية برد سبب التسويغ هذا بالحجة المذكورة سابقاً، أن المعرفة كانت ظرفاً لا يُكترث له، فالتقت

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 شباط 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 73، صفحة 59؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1979، صفحة 312، ملاحظة J. Hémard؛ Dalloz 1978، صفحة 423 من التقرير - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 آذار 1965، النشرة المدنية، III، رقم 199، صفحة 170.

(2) Dalloz 1984، صفحة 489، تعليق D. Ferrier؛ النشرة المدنية IV، رقم 69، صفحة 59 (الحكم الأول)؛ النشرة المدنية، IV، رقم 207، صفحة 188 (حكمان).

(3) عقد التوزيع الانتقائي، في عرف الغرفة الجنائية في محكمة النقض، «هو العقد الذي يلتزم المورّد فيه، من جهة أولى، بأن يموّن، في قطاع محدد، تاجراً أو أكثر يختارهم تبعاً لمعايير موضوعية ذات طابع وصفي، بدون تمييز وبدون تحديد كمي غير مسوّغين، ويجاز للموزّع بمقتضاه بيع منتجات أخرى منافسة»، الغرفة الجنائية، في تشرين الثاني 1982، النشرة الجنائية، رقم 238؛ مجلة قصر العدل، 1982، 2، 658، تعليق Marchi، Dalloz صفحة 211 من التقرير، ملاحظة Gavalda et Lucas De Leyssac. وفي الاتجاه عينه، محكمة استئناف باريس، 25 تشرين 1991، Dalloz 1992، صفحة 4 من التقرير. انظر P. Jourdain Les, réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau (à propos des (affaires leclerc-parfumerie، Dalloz 1990، العرض IX، صفحة 43 وما يليها.

(4) النشرة المدنية IV، رقم 18، صفحة 11؛ Dalloz 1989، صفحة 337، ملاحظة Ph. M.

هكذا بالحل الصادر في مجال الامتياز الحصري. وأكدت أيضاً أن قانونية الشبكة تجاه حق المنافسة كان ظرفاً لا يكترث له بالضرورة[1].

إن هذا التحديد الأخير مهم. ويبدو من الصعب التوفيق بينه وبين أحكام أخرى بنيت، لرد طلب التعويض، فقط على غياب الطابع الشرعي لشبكة التوزيع الانتقائي[2]، مما ينزع إلى القول إن التنكر لشبكة التوزيع الانتقائي القانونية مع العلم بالأمر قابل وحده لاعتبار الغير المخالف مسؤولاً.

إن تحليلاً كهذا لا يفرض نفسه ذلك بأنه من الممكن التوفيق بين هاتين المجموعتين من الأحكام، كما بيّن ذلك السيد Jourdain[3]. ومسؤولية الغير غير المعتمد من قبل الصانع لا يمكن الأخذ بها إلاّ أن تكون قانونية الشبكة، أولاً ومسبقاً، قد تمت البرهنة عليها، وثانياً، أن يكون الموزع ارتكب الخطأ الذي لا يمكن أن يكون قد تكوَّن من مجرد التتجير مع علمه بالشبكة. فالمسألة كلها إذاً هي معرفة ما ستكون عليه تصرفات الغير القابلة لأن تتصف بالخطإ والتي يبدو أنها تكوّنت، حسب صيغة محكمة النقض، من «اكتساب غير نظامي للمنتجات من قبل الموزع الذي لم يتم انتقاؤه»[4].

وقد انتقد السيد Bénabent هذا الاجتهاد بشدة لثلاثة أسباب[5]: من غير المنطقي أولاً الاعتراف بقانونية شبكة إذا كان بإمكان الغير الاعتداء عليها بحرية. ثم إن اجتهاد الغرفة التجارية من نتيجته تفكك التوزيع الانتقائي ويستعيد المؤلف أخيراً، على صعيد قانوني، تحليل حجية العقد تجاه الغير فيقول: «إذا كانت شبكة التوزيع قانونية فليس من الملائم

(1) انظر في الاتجاه عينه الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، Dalloz 1989، صفحة 427، تعليق A. Bénabent؛ D. 1990، صفحة 104 من الموجز، ملاحظة C. Gavalda et Lucas De Leyssac، مجلة قصر العدل، 1989، 1، 419، تعليق J. J. Burst ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 341، صفحة 229 ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 305، صفحة 211.

(2) انظر على وجه الخصوص الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1989؛ 21 آذار 1989 (النشرة المدنية، IV، رقم 98، صفحة 95)؛ 10 أيار 1989، Dalloz 1989، صفحة 427، تعليق A. Bénabent. ـ انظر: C. Gavalda et Lucas De Leyssac، Dalloz 1990، صفحة 104 من الموجز.

(3) العرض المذكور سابقاً، رقم 21 وما يليه.

(4) انظر: P. Jourdain، العرض المذكور سابقاً، رقم 26 وما يليه. انظر حول هذه المسألة، G. Bonet, Distribution sélective des parfums: les arrêts sur renvoi après cassation (cours d'appel de Dijon, 19 septembre 1989 et 11 septembre 1989 et de Lyon, 25 juin 1990)، Dalloz في 1991، المعرض III، صفحة 9 وما يليها، ولا سيما صفحة 14 وصفحة 15. أضف إلى ذلك: D. Ferrier، ملاحظة على الموجز، Dalloz 1990، صفحة 371 وما يليها، وكذلك G. Canivet et L. Vogel, La distribution sélective des produits de marque dans la jurisprudence judiciaire، Dalloz، 1991 المعرض LIII، صفحة 283 وما يليها.

(5) التعليق المذكور آنفاً، صفحة 430 وصفحة 431.

احترامها تجاه أعضائها وحسب، وإنما كذلك تجاه جميع التجار الخارجيين عنها. والشبكة، انطلاقاً من الآونة التي تكون فيها قانونية، تشكل نمط تنظيم يعتمده بعض الصناع والموزعون. واحترام العادات الشريفة في التجارة يفرض أن لا يعتدي الغير عمداً على هذا النمط من تنظيم المؤسسات».

إن هذه البرهنة تعرض نفسها للانتقاد لكونها ترجع إلى العادات. وبالفعل تستدعي أن يكون بإمكان الفريقين خلق عادة مناقضة للقانون الذي، والحالة هذه، ينادي بحرية التجارة والصناعة - قانون 2 ـ 17 آذار 1791 المسمى مرسوم ALLARDE ـ. والحال أن الاجتهاد يبدي عدائية للعرف المخالف للقانون[1]. يضاف إلى ذلك أن حرية المقاولة اعتبرها المجلس الدستوري معياراً له قيمة دستورية[2]. حتى ولو لم تكن عامة ولا مطلقة فإن المشترع وحده تعود له سلطة وضع «تحديدات تفرضها المصلحة العامة شرط أن لا تكون نتيجتها تشويه مداها»[3]. إن اجتهاد محكمة النقض إذاً، بالنسبة إلى تراتبية المعايير، مسوّغ تماماً.

وينبغي، لتقدير مدى هذا الاجتهاد، التفريق بين وضعين. إن التنكر للعقد من قبل الغير الموزع يمكن بالفعل أن يرتوي شكلين: إمّا أن يتعاقد الغير الموزع مع أحد الفريقين المرتبط بعقد توزيع حصري أو انتقائي؛ وبتعبير آخر، على سبيل استعادة صيغة محكمة النقض، يساعد الغير على التنكر لتعهداته الخاصة[4]؛ وإمّا أن لا يتدخل مباشرة في تنفيذ العقد الذي هو ليس فريقاً فيه؛ يوزع، مثلاً، منتجات في حين أنه ليس معتمداً وإنما لا يتزود من موزع معتمد، فيتزود من سوق موازية.

ألا يسوّغ هذا الفارق في الوضع فارقاً في النظام؟

إن حكمي 16 شباط و 12 تموز 1983 هما، بصواب، في اتجاه جواب تأكيدي لأن الأمر يتعلق بالاستيرادات الموازية وحسب[5].

ويبدو أن الأحكام جميعاً الصادرة في مادة التوزيع الانتقائي مرتبطة بالفرضية الثانية، حتى ولو كانت الوقائع التي بينتها الغرفة التجارية في محكمة النقض موجزة. وبالفعل تتمسك الأحكام فقط بتتجير المنتجات من قبل الغير غير المعتمد، بدون إثارة المشاركة الثالثة.

ومن متابعة التحليل يلاحظ أيضاً أن محكمة النقض حددت، غير مرة أن تتجير منتج مع

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 505.

(2) المجلس الدستوري، 27 تموز 1982، المجموعة، صفحة 48. ـ 16 كانون الثاني 1986، المجموعة، صفحة 9.

(3) المجلس الدستوري، 4 تموز 1989، Dalloz 1990، صفحة 209، تعليق Fr. Luchaire.

(4) يحدد Ginossar، في دراسة بعنوان Liberté contractuelle et respect des droits des tiers، هذا الوضع كما يلي: «جريمة الخداع ترتكز على واقع التسبب، عن وعي أو بنية الإضرار، استناداً إلى اشتراط يحصل عليه من شخص ملتزم، في تخلف هذا الشخص عن موجبه تجاه الغير» (رقم 32، صفحة 79)، أحرف منحنية في النص.

(5) الحكمان المذكوران سابقاً.

التنكر لشبكة التوزيع الانتقائية يمكن أن يشكل عمل منافسة غير شريفة إذا أثبت المدعي عدم نظامية اكتساب المنتجات[1]. والحال أنه يبدو أن الاكتساب غير النظامي لا يكن عملياً أن يكون قد تم إلاّ بالاكتساب مع العلم بالواقع لدى موزع جرى انتقاؤه.

وبتعبير آخر يساهم الغير الذي تزود بالتوريد من موزع جرى انتقاؤه مع علمه بذلك في تنكر هذا الموزع للموجبات العقدية. فنقع عند ذلك في الحالة الأولى من الصورة المبينة صراحة في الحكم الصادر في 21 آذار 1989[2].

كانت شركة العطور Cacharel قد أقامت دعوى على موزع غير معتمد لأنه طلب إلى موزعين معتمدين التنازل له، انتهاكاً للعقد، عن توريد منتجات موضوع تتجير من قبل شبكة توزيع انتقائي. وعلى أساس مبدإ مسؤولية الغير حكمت محكمة النقض «بأن الوسيط غير المعتمد في شبكة توزيع انتقائي ارتكب خطأ محاولة الحصول من موزع معتمد، انتهاكاً للعقد الذي يربطه بالشبكة، على بيع منتجات متجرة حسب هذا النمط من التوزيع»[3]. فالتتجير عمل منافسة غير شريفة لأن اكتساب المنتج الأولي غير قانوني.

وهذا الاجتهاد، حسب هذا التحليل، لا يتعلق بحالة المشاركة الثالثة.

يقتضي إذاً الذهاب إلى أبعد من ذلك في التحليل لفهم أساس هذا الاجتهاد. ويلاحظ بالفعل أن المحاكم أخذت بذاتية الوضع الناشىء عن تنكر الغير لوضع عقدي بدون أن يكون المدين بهذا الموجب متورطاً في هذا التنكر. فكان عليها حل مسألة معرفة ما إذا كان هذا التنكر وحده يشكل عمل منافسة غير شريفة، مما يعني، في حالة التأكيد، إعطاء الفريقين حقاً حاصراً ومطلقاً. وقد أجابت محكمة النقض، في زمن أول، عن طريق المحاكاة مع فرضية المشاركة الثالثة، بتأكيد ذلك. بيد أن حلاً كهذا يقود بالضرورة إلى إفراغ مبدإ المفعول النسبي للعقود من أي معنى، ويمنع، فضلاً عن ذلك، أي منافسة ما دام الفريقان في العقد بإمكانهما التمسك بحق مطلق.

ويبقى التطور الحالي لاجتهاد الغرفة التجارية في محكمة النقض في مادة التوزيع الانتقائي، في مبدئه، في هذا الخط. وهكذا حكمت، في 27 تشرين الأول 1992 بأن «الحكم (المطعون فيه) أعلن عن وجه حق أن شراء السلع، إذا كان تتجير المنتجات العائدة

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 أيار 1989، Dalloz 1989، صفحة 428، تعليق A. Bénabent ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار، 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 64 ـ حُكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 344، صفحة 231.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 98، صفحة 65؛ < Dalloz 1989، صفحة 428، تعليق A. Bénabent.

(3) لم يتم نقض حكم الاستئناف على أساس مبدإ المسؤولية، وإنما لأن قضاة الأساس لم يثبتوا قانونية شبكة التوزيع الانتقائي التي تمسكت بها شركة Cacharel. إن مدى النقض لا يعيد النظر في المبدإ المعبَّر عنه لأنه من الأكيد أنه لا يمكن أن يكون ثمة خطأ في التنكر لعقد غير قانوني، انظر حول هذا المبدإ Ginossar، Liberté contractuelle، المرجع عينه، رقم 34، صفحة 81.

لشبكة التوزيع الانتقائي في ذاته عملاً خاطئاً، فشراء السلع، في ظروف قانونيتها أو طابعها الغشي انكشف برفض تسويغ مصدرها، يشكل في ذاته عمل منافسة غير شريفة»[1]. وهكذا يكون المبدأ مؤكداً عليه. بيد أنه يمكن أن يُستشف من الصياغة الأخيرة لهذا الحكم تأكيد قرينة. فالموزع غير المعتمد، في حال عدم وجود تحديد حول المورّد، يفترض أنه «تعامل مباشرة مع عضو في الشبكة»[2]، مما يعني افتراض أن هذا الموزع غير المعتمد قد ساعد الغير على انتهاك تعهداته. وهذا التفسير ممكن ولو لم يكن أكيداً. ربما كان ينبغي أيضاً الأخذ في الحسبان المادة 10، الفقرة الأولى، من القانون المدني التي تفرض على كل واحد «تقديم مساعدته للعدالة من أجل جلاء الحقيقة». وهكذا لا يتمثل في الحل الذي اعتمدته الغرفة التجارية أي أصالة تجاه بعض المبادىء الأعم.

على أنه يبدو أن حق العلامات يمكن أن يثار لمنع الاعتداء على الشبكة. وقد حكمت الغرفة التجارية بهذا المعنى، في 23 شباط 1993[3]، لرد طعن، بأن «محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن شركة Michelle تجّرت منتجات تتناول علامة Chanel بدون أن تكون لها صفة البائع بعد الشراء المعتمد لشبكة التوزيع الانتقائي التي أنشأتها شركة Chanel وبدون إذن منها، تمكنت من الأخذ، بدون قلب عبء الإثبات.. بأن شركة Michelle استعملت العلامة بشكل غير قانوني، وهكذا سوّغت حكمها إلى حد كبير» بأخذها بمسؤولية شركة Michelle. ويدعو هذا الحكم إلى إبداء بعض الملاحظات. يبدو، في المقام الأول، من الصعب أن نرى فيه حكماً مبدئياً إذ لم تجد الغرفة التجارية من الملائم نشره في النشرة الرسمية لمحكمة النقض، ثم إن الأمر لا يتعلق إلاّ بحكم رد. فمن الضروري إذاً أن تؤكد محكمة النقض مذهبها. وفي أي حال يسوّغ الحكم المعتمد بحق العلامات وحده[4]، أي الحق في الأموال، و لا يسيء إلى المبدإ الناجم عن نظرية الحجية.

وقد سبق أن أثار السيد Ginossar هذه المسألة مبيناً أن الأمر يتعلق بثورة اقتصادية وقانونية. «وبالفعل إن الحجية المعممة للاتفاقيات الحصرية، في شكل غير مؤذٍ، ومنطقي بدقة».. «تهدد بخنق ما تبقى من الحرية التجارية، وتهز، في الوقت عينه، أسس قانون العقد ذاتها التي يتطلبها». وتابع مستشهداً بطلبات المحامي العام Dumon أمام محكمة النقض في بلجيكا: «إن الأخذ بأن الغير مرتبط بمعرفة اتفاقية كهذه يعني حرمانه من حق لأن الفريقين الأجنبيين عنه عقدا اتفاقية، وذلك يعني إدخاله بالقوة في اتفاقية، وإنكار حق له عقب قرار لم يكن بإمكانه المشاركة فيه، والسماح للأفراد بتحديد حقوق جميع الآخرين وموجباتهم»[5].

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 322، صفحة 229؛ Dalloz 1992، صفحة 505، تعليق A. Bénabent.

(2) A. Bénabent، الملاحظات المذكورة، سابقاً، صفحة 507.

(3) Dalloz 1994، صفحة 318، تعليق B. Fort - Cardon.

(4) انظر عكس ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 64.

(5) Liberté contractuelle، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 88.

ولا يمكن إلا الإعجاب بالصلة الوثيقة لهذه المقاصد بالموضوع وقد حملت على إقناع محكمة النقض البلجيكية التي «أدانت المبدأ المطروح بشكل مطلق واعتبرته مغلوطاً لأنه اعتبر أن الغير ملزم بالامتناع عن استيراد المنتجات وبيعها عندما يعلم أن تاجراً حصل من شريكه في التعاقد على احتكار استيراد هذه المنتجات وبيعها»، وهو مبدأ ظنت الأحكام المطعون فيها أنه يمكن أن يستنتج منه أن المدعي مذنب بعمل مخالف للعادات الشريفة في الشأن التجاري، «بدون البحث عما إذا كان المدعي أصبح غيراً مشتركاً في خطإ عقدي إرتكبته المؤسسة التي اشترى منها هذه المنتجات. .»[1].

وما هو من الواجب رؤيته، من وجهة نظر أخرى، أن الغير لا يعرقل تنفيذ موجب أحد الفريقين، أنه لا يشكل عقبة أمام تنفيذ الفريقين عقدهما بشكل صحيح. أنه يطمح فقط إلى أن لا يتمكن الفريقان من أن يفرضا عليه ـ عن طريق الحجية ـ مراعاة وضع قانوني معين «لأن سلطة الفريقين القانونية»، كما بيّن أحد المؤلفين في بداية هذا القرن، «ليست مطلقة. ثمة أوضاع قانونية لا يعود إليهما خلقها أو تعديلها»[2].

وهذه الأفكار هي التي كرسها الاجتهاد مبيناً حدود مفهوم الحجية برفض جعل العقد ينتج أكثر من مفاعيله، أي برفض امتداد مفعوله الملزم، في حالة خاصة، إلى الغير[3]، بمعنى أن الحجية لا تؤمن إلاّ فعالية العقد التامة ليس إلاّ[4].

378 ـ رفضت محكمة النقض، تطبيقاً لهذه الفكرة أيضاً، جعل العقد ينتج مفاعيل على حوالة دين تمت بدون رضا الدائن.

من المعروف بالفعل أن القانون المدني، بخلاف حوالة الحق، يجهل حوالة الدين وبشكل أكثر تحديداً حوالة الدين المباشرة بدون رضا الدائن. وجرى الاستنتاج من ذلك أن

---

(1) Ginossar، المرجع عينه، صفحة 88 وصفحة 89. والحكمان اللذان يستشهد بهما المؤلف صادران في 17 حزيران 1960، جريدة المحكمة، 1960، 627؛ Rechtskundig Weekblab، 1960 ـ 1961، 171، المجلة الناقدة للاجتهاد البلجيكي. 1961، 449، تعليق S. Fréderícq و 3 تشرين الثاني 1961، جريدة المحكمة، 1961، 737 (إسنادات يستشهد بها المؤلف).

(2) E. Juillet, Effets des actes juridiques à l'égard des tiers أطروحة في ليل، 1904، صفحة 168.

(3) يمكن أن تقارن هذه الأوضاع بالوضع الناتج عن حكم 29 حزيران 1993 (النشرة المدنية، IV، رقم 274، صفحة 194). كانت شركة إعلانية قد أخلت على شركة أخرى بأنها لم تحترم «مدوّنة قوانين الممارسات الشريفة في مادة استثمار أماكن خاصة» وضعتها النرقة النقابية، وحملتها المسؤولية بسبب ذلك. بيد أن الشركة المخالفة لم تكن عضواً في الغرفة النقابية هذه. وقد بينت الغرفة التجارية، لكي ترد الطعن الذي يأخذ على محكمة استئناف بورج انها رفضت طلب المدعي بالتعويض، أن الشركة المدعى عليها «لم يكن من الممكن أن تقبل بفرض موجب عليها كان أجنبياً عنها تعاقدياً».

(4) أكدت الحلقات الدراسية للقانون المقارن الفرنسية ـ البلجيكية التي جرت بالتعاون بين مراكز قانون الموجبات في باريس I والجامعة الكاثوليكية في لوفان من عام 1990 إلى عام 1992، أن المتعاقد الذي يستفيد من بند التوزيع الحصري ليس له في الحقيقة حق حصري بالبيع وإنما فقط حق التلقي الحاصر.

القانون الوضعي الفرنسي لا يأخذ بحوالة الدين بين الأحياء بصفة مستقلة[1]. وبالتالي ليس بإمكان حوالة كهذا، وقد وصفه Gaudemer «بالتنازل الداخلي» لأن الدائن لم يكن فريقاً فيه، تحرير المدين الأولي وتأمين نقل الدين (عليه) ذاته إلى المدين الثاني، مع كيفياته ودفوعه وتأميناته. ويسوّغ هذا الحل بملاحظة أن شخصية المدين ليست غير مكترث لها بالنسبة إلى الدائن في حين أن العكس ليس صحيحاً على وجه العموم[2]. وبالتالي لا توجد في القانون الفرنسي حوالة «تامة» تعادل، بصفة سلبية، حوالة الحق[3].

وعليه تكون حوالة الدين التي تتم بدون موافقة الدائن غير قابلة للاحتجاج بها ضده. وهذا ما ينتج بوضوح عن حكم صدر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 2 حزيران 1992[4].

كان المصرف الوطني لباريس، لتمويل اكتساب زوجين ملكية مؤسسة تجارية، قد وافق على قرض في 24 حزيران 1982. وكان قد تم الاشتراط على أن يتعهد الزوجان تضامنياً تجاه المصرف. ثم حصل طلاق بين الزوجين. وحكم قاضي القضايا الزواجية، في 14 شباط 1986، بالمصادقة على اتفاقية الطلاق التي كانت تشترط أن تخصص المؤسسة التجارية بالزوج شرط أن يسدد رصيد القرض. ثم حصل إجراء تسوية قضائية تحولت بعد ذلك إلى تصفية قضائية مفتوحة ضد الزوج. فقاضى المصرف الوطني لباريس الزوجة المطلقة لدفع رصيد القرض. وخسر دعواه بحجة أن حكم الطلاق، استناداً إلى المادتين 262 من القانون المدني و 1104 من مدونة الإجراء المدني الجديدة، المنشور نظامياً، يحتج به في وجه الغير وأن الدائن لم يتقدم خلال المهل باعتراض الغير.

وكان حكم محكمة استئناف پو الصادر في 14 حزيران 1990 قد نقضته الغرفة التجارية في محكمة النقض، استناداً إلى المادتين 1134 و 1165 من القانون المدني، بحجة «أن اتفاقية الزوجين، ولو صادق عليها القضاء، لا يمكن أن يكون مفعولها، في غياب موافقة

---

(1) انظر: H.L.J. Mazeaud, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. Chabas، رقم 1281. انظر أيضاً F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, Les obligations، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 1207 وما يليه، ولا سيما رقم 1211 ـ انظر بهذا المعنى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 406، صفحة 295.

(2) H.L.J. Mazeaud، تأليف Fr. Chabas المذكورين سابقاً، رقم 1277. ـ F. Terré, P. Simler et Y. Lequette، رقم 1207.

(3) J. Ghestin, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations، يوميات J. Dabin، منشورات Bruylant، L.G.D.J.، 1980، رقم 79، صفحة 60. ـ J.L. Goutal, Essai sur le principe de l'effei relatif du contrat، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J.، 1981، رقم 193، صفحة 146.

(4) النشرة المدنية I، رقم 168، صفحة 115؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، 1، 3632، صفحة 541، ملاحظة M. Billiau، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 122، ملاحظة J. Mestre؛ Dalloz 1993، صفحة 211 من الموجز، ملاحظة Ph. Delebecque.

الدائن، سقوط دين (عليه) أحد الزوجين ولم تكن لها القوة الملزمة إلاّ في علاقاتهما المتبادلة».

وهكذا يتعذر على الفريقين في التنازل الاحتجاج بشكل مفيد باتفاقيتهما ضد الدائن الذي بقي غيراً بالنسبة إليها. ويعود السبب الجوهري إلى واقع أن حوالة الدين وهي نظير حوالة الحق غير مقبولة. وعليه لا يستطيع أحد فريقي التنازل في القضية الراهنة (الزوج السابق) الادعاء أنه محرر تجاه الدائن (المصرف وهو الغير)، لأن حجية العقد (الصحيحة والفعالة بين الفريقين) كانت هنا عاجزة عن إنتاج امتداد لمفعولها الملزم تجاه الدائن المماثل للمفعول الذي تنتجه حوالة الحق[1]. إن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، عدلت في الواقع الموجبات التي تمكن الفريقان من إنشائها بشكل سليم بينهما وتجاه الغير، مما يسوّغ النقض استناداً إلى المادتين 1134 (الفريقان) و 1165 (الغير) من القانون المدني.

أما تأثير المصادقة القضائية على الاتفاقية فقد سبق أن بيّنا أنها كانت بدون تأثير في حالة خاصة لأن العقد المصادق عليه ليس بشكل أساسي سوى عقد يبقى خاضعاً لأحكام القانون المدني[2].

III ـ معاقبة الحجية

379 ـ يكيّف القانون الوضعي المعاقبة مع قصدية الحجية.

سبق أن رأينا أن الحجية معدّة لتأمين قوة العقد الملزمة وتتجلى بشكل متغير حسب الحقوق التي ينشئها العقد. وتفسر هذه الملاحظة البسيطة تنوع المعاقبة الذي يبدو مقبولاً تماماً.

إن المسؤولية التقصيرية للغير الشريك في انتهاك موجب عقدي هي بالفعل المعاقبة الأكثر ملاءمة. وعندما لا يستطيع الغير مواجهة المتعاقد ضحية عدم تنفيذ البنود الجزائية أو التحديدية للمسؤولية، يستطيع القاضي الحكم بالعطل والضرر المتناسبين مع الضرر الواقع على المتعاقد حقيقة. وبهذه الطريقة لا يستطيع الغير تقويم كلفة خِسّته سلفاً وتحديد ما إذا كان يجد منفعة في انتهاك تعهدات الغير أم لا. وهكذا يظهر عدم اليقين بالنسبة إلى مبلغ التعويض الذي سيتحمله رادعاً له، وبالتالي من غير المأمول أن تستبدل مسؤولية الغير التقصيرية بالمسؤولية العقدية.

والعقوبة في مواد أخرى هي اللاّحجية. وهكذا يتعرض المدين، في حال حوالة الحق، الذي يدفع لدائنه الأولي مع التنكر لهذا الحوالة التي تم إبلاغه إياها أو قبلها إلى أن يدفع ثانية للمتفرغ له (المادة 1691 من القانون المدني استدلالاً بالضد) والدفع بالفعل غير قابل

(1) انظر الرقم 375 السابق.

(2) انظر حول هذه النقطة الخاصة M. Billiau، الملاحظة عينها.

للاحتجاج به في وجه المتنازل له الذي يتمسك عند ذلك بنجاح بالقول المأثور «من يسيء الدفع يدفع مرتين».

الفقرة 2 ـ إعمال الحجية

380 ـ ينبغي اجتماع عدة شروط ليكون العقد محتجاً به تجاه الغير. يجب أولاً ـ وذلك بديهي ـ أن يكون العقد قد تكوّن شرعاً[1]، ثم إثبات ذلك[2]. وفي المقام الثالث من الضروري أن يكون جاري التنفيذ[3]. ولن تكون بالفعل ثمة أي مصلحة في الاحتجاج بعقد استنفد مفاعيله كلها، إلاّ أن يتعلق الأمر بحجية «صالحة للإثبات».

ولا تبعث هذه الشروط جميعاً على صعوبات خاصة. والأمر ليس على هذا النحو في شأن شرط رابع (احتمالي). وبالفعل يجري التساؤل حول نقطة معرفة ما إذا كان العقد، في غياب علنية قانونية، يحتج به فقط بواقعة أن يكون الغير على علم شخصي به أو يجب أن يكون على علم به.

ويبين تفحص القانون الوضعي أنه من غير الممكن إعطاء إجابة إجمالية على هذه المسألة. من الملائم إذاً، في أول الأمر، استعراض دور لمعرفة قبل تقديم محاولة تركيب.

I ـ دور المعرفة

381 ـ فرضية Duclos.

يأخذ Duclos، بعد أن تبين أن الصعوبة ترتكز على تحديد دور المعرفة وأنماط حيازتها، كنقطة انطلاق لفرضيته، بأن «معرفة الغير بصورة عامة مفترضة لأسباب ذات طابع اجتماعي بصورة جلية». بيد أن الحجية تعاقب أيضاً، عند الاقتضاء، إنجاز معاملات العلنية. فتقوم المعرفة إذاً بدور «تصحيحي للنظام العام المبني على المعرفة المفترضة»[4]. وفي عرف المؤلف تعمل القرينة التي بمقتضاها تكون المعرفة مفترضة وفقاً للمنطق عينه في قاعدة «لا يفترض في أحد جهل القانون»[5]. ويعلن بالتالي أن الغير عليه، كقاعدة عامة، واجب الاستعلام[6]. أما المعرفة الفعلية فيتعذر اكتسابها إلاّ بصورة استثنائية. ويلخص قصده ببيان

---

(1) البطلان المطلق للعقد يمكن طلبه من قبل الغير ضمن بعض الشروط. انظر تلاشي العقد.

(2) انظر حول هذه المسألة التي تحرك تطبيق المادة 1328 من القانون المدني على وجه الخصوص (تاريخ أكيد)، المدخل العام، رقم 635 ورقم 636. ـ - F. Favennec- Hery, La date certaine des contrat sous seing privé المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 1 وما يليها.

(3) محكمة استئناف باريس، الغرفة الرابعة، 24 تشرين الثاني 1904، Sirey 1905، 2، 284. ـ وهو الحل أيضاً الذي أخذت به المادة 122 ـ 15 من قانون العمل.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 30 صفحة 31.

(5) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 247، صفحة 282.

(6) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 248. إلاّ أن المؤلف مجبر تماماً، في ما يختص بمسؤولية الغير الشريك، على=

أنه «يبدو أن الحجية مبنية تقنياً على المعرفة المفترضة والمعرفة الفعلية للحقيقة»[1].

إن هذه الفرضية، رغماً عن فائدتها، لا تحمل على الإقتاع ذلك بأنها ترتكز على قرينة قانونية للعلم بالعقود ليست سوى وهم وعلى مماثلة مغالى فيها للعقد بالقانون. يضاف إلى ذلك، كما سنرى، إنها لا تحلل حلول القانون الوضعي.

382 ـ ليست المعرفة دائماً شرطاً للحجية؛ إنها أحياناً، بالمقابل، مفروضة؛ وأخيراً هي ليست، في بعض الحالات، شرطاً كافياً.

أ ـ الحالات التي تكون فيها المعرفة غير مكترث لها.

383 ـ الحلول الاتفاقي الذي يوافق عليه الدائن الذي تلقى الدفع (المادة 1250 ـ 1 من القانون المدني).

يعرّف السيد Mestre الحلول بأنه «استبدال شخص في الحقوق المرتبطة بالدين مكان شخص آخر حائزها، عقب دفع جرى من قبل الشخص الأولى بين يدي الثاني»[2]. ويمكن أن يوافق عليه المدين (المادة 1250 ـ 2 من القانون المدني) أو الدائن (المادة 1250 ـ 1 من القانون المدني) غير أنه يخضع مبدئياً للنظام عينه: يفترض الحلول دفع دين المُحِل (من صدر عنه الحلول) ونقله لصالح الحالّ (من حل محل غيره). والتطبيق المعاصر للحلول الملحوظ أكثر من غيره والموافق عليه من قبل الدائن (من الفريق الدائن ex parte creditoris) هو وسيلة تحصيل الديون affacturage[3]. ففي هذه العملية يدفع أحد الأشخاص، ممارس تحصيل الديون factor لتاجر أو صناعي الديون التي لهما على زبائنهما، مع اقتطاع نسبة مئوية معينة، ويحل محلهما في حقوقهما.

ومن المعروف أن الحلول، رغماً عن الدفع الذي يتم، يترك الدين قائماً لصالح الحالّ محل غيره، إنه المفعول الناقل للحلول. بيد أن القانون المدني لا ينظم أي شكل للعلنية المشابهة لعلنية المادة 1690. وقد أخذ بعض المؤلفين في القرن التاسع عشر بأن حجية الحلول محل المدين كانت خاضعة لهذه المادة، إلاّ أن هذا الرأي جرى التخلي عنه في الفقه وأيّد الاجتهاد ذلك[4].

= قبول أن هذا الأخير لم يرتكب أي خطإ إذا لا يستعلم حول وجود العقد المناقض، رقم 439 ـ 2، صفحة 542.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 444، صفحة 461.

(2) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 4.

(3) انظر: J. Mestre، الأطروحة آلمذكورة سابقاً، رقم 216 وما يليه. ـ Ripert et Roblot، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، رقم 2400 وما يليه.

(4) J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 46، والمؤلفون المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.

وجرى بيان أن مظهر الدفع في الحلول هو الذي يسوّغ هذا الفارق في الحل مع حوالة الحق؛ فخلفاء الدائن لا يتعرضون بالفعل لأي مجازفة لأن تدبير الحلول هو تدبير دفع ولأن الدائن يستوفي حقه[1].

ولم يتغير الاجتهاد منذ ذلك الحين، بيد أنه أخذ بأن الحلول كان غير قابل للاحتجاج به ضد المدين الذي علم به بحيث أن الدفع الذي قام به المدين للدائن قبل أن يعلم بالحلول كان يحرره[2]. وهذا الحل الذي يحمي مصالح المدين جرى التخلي عنه في حكم للغرفة التجارية في محكمة النقض في 3 نيسان 1990[3] الذي حكم بأن نقل الدين (له) الذي جرى استناداً إلى الحلول الاتفاقي «يحتج به تجاه المدين بتاريخ الدفع الحلولي». واستنتجت المحكمة من ذلك أن المقاصة لم يعد لها دور اعتباراً من هذا التاريخ، ومن غير المهم أن يكون المدين جرى إعلامه بالحلول، أي، في القضية المعنية، بعقد تحصيل الديون. والمعرفة، في نظر هذا الحكم، ليست شرطاً لحجية الحلول الذي وافق عليه الدائن[4].

384 ـ التفويض في الدين (له)[5].

التفويض هو العملية القانونية التي بموجبها يقترح مدين يسمى مفوِّضاً على دائنه المسمى المفوَّض لديه أحد مدينيه المسمى المفوَّض (أو المندوب) الذي يوافق على الالتزام شخصياً تجاه المفوَّض لديه. وهذه العملية تحقق دفعاً مزدوجاً، بين المفوّض والمفوَّض لديه وبين المفوِّض والمفوَّض، بإنشاء موجب جديد يلتزم به المفوَّض لصالح المفوَّض لديه وحده. فالبائع، في بيع مؤسسة تجارية مثلاً، هو مدين مورّديه ودائن بثمن التفرغ تجاه مكتسب الملكية. وهذا الأخير، عندما يدفع مباشرة إلى مورّدي من تلقى منه، يسقط دين هذا الأخير ودينه الخاص تجاه بائعه. إلاّ أن مظهر الدفع بالتفويض لم يتأكد بدون صعوبات.

---

(1) J. Mestre، الأطروحة السالفة الذكر، المرجع عينه. وفي الاتجاه عينه P. Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligation محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، باريس II، 1977 ـ 1978، صفحة 178.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1982، النشرة المدنية، IV رقم 287، صفحة 246؛ Dalloz 1983، صفحة 411 من التقرير، ملاحظة M. Vasseur. انظر: J. Mestre، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 428 وما يليه، صفحة 490 وما يليها. كان هذا الحل مسوّغاً بتطبيق المادة 1240 من القانون المدني وبمقتضاها «الدفع الجاري عن حسن نية لحائز الدين صحيح، مع أن الحائز نزعت يده بعد ذلك». انظر أيضاً؛ Ph. Malaurie et L. Aynès المذكورين سابقاً، رقم 1212، صفحة 698.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 116، صفحة 77؛ Dalloz 1990، صفحة 105 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 661 رقم 9، ملاحظة J. Mestre؛ Dalloz 1991، صفحة 180، تعليق Y. Dagorne - Labbe.

(4) على أنه يبدو أن محكمة استئناف باريس لم تأخذ بمذهب محكمة النقض طالما أنها حكمت، في 15 آذار 1993 بأن المدين المحال عليه يتحرر إذا كان قد دفع عن حسن نية إلى الدائن الأصلي قبل أن يتلقى من هذا الأخير الإعلام بموجب تسليد دينه بين يدي الحالّ محل غيره، Dalloz 1993، الصفحة 141 من التقرير.

(5) انظر حول هذه الإوالية، M. Billiau, La délégation de créance, أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J. Ghestin.

وهكذا طرحت مسألة معرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بتقنية نقل الموجبات ولاسيما دين المفوِّض على المفوَّض لصالح المفوَّض لديه.

وجرى التساؤل، ولاسيما في القرن الماضي، عما إذا كان هذا التفويض خاضعاً لمتطلبات المادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بحوالة الحق[1]. وبالفعل أخضع بعض محاكم الأساس حجية التفويض لإتمام هذه المعاملات، وهكذا ماثلت التفويض بحوالة الحق[2] وأيد بعض المؤلفين هذا الحل[3].

وقد بتت محكمة النقض بالخلاف بالحكم بأن التفويض لم يكن خاضعاً للمعاملات المفروضة بالنسبة إلى حجية بحوالة الحق تجاه الغير[4] وأيد المؤلفون هذا

---

(1) انظر: Hubert, Essai d'une théorie juridique de la délégation، أطروحة في بواتييه، 1899، رقم 163 وما يليه، صفحة 123 وما يليها.

(2) انظر على وجه الخصوص حكم محكمة Agen، 2 كانون الأول، Dalloz الدوري 1851، 52، 2، 26، وكذلك الاجتهاد العام في موسوعة Daloz، الجزء III، 1903، البند 1275، صفحة 211 وما يليها، رقم 54 وما يليه. وعلى نقيض ذلك، محكمة استئناف باريس 19 أيار 1923، فهرس Defrénois، 1923، البند 20413، صفحة 432.

(3) انظر المؤلفين المستشهد بهم من قبل Hubert، المرجع عينه، رقم 164، التعليق 3، صفحة 124، ولا سيما Larombiere و Aubry و Rau. بالإضافة إلى Wahl، تعليق على النقض المدني في 23 تشرين الثاني 1898، S. 99، 1، 465.

(4) يجري الاستشهاد أحياناً بحكمين صادرين في القرن التاسع عشر لم يؤكدا مع ذلك المبدأ صراحة. فالحكم الصادر عن الغرفة المدنية في 7 آذار Dalloz الدوري 1865 (65، 1، 121؛ Sirey 65، 1، 165) يتعلق بمبدأ ضرورة قبول المفوَّض لديه وبالمسألة المتعلقة باشتراك عدة مفوَّضين لديهم. واستبعاد المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 يمكن استنتاجه مع ذلك من الحل الذي اعتمدته محكمة النقض للمسألة الثانية التي طرحت عليها. والحكم الصادر عن غرفة العرائض في 6 تموز Dalloz 1881 الدوري (82، 1، 456) يتعلق بفرضية مشابهة. والأحكام الأولى التي كانت فعلاً إلى جانب استبعاد المعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني تعود إلى 24 تموز 1889 (غرفة العرائض، Dalloz الدوري 89، 1، 395) و 23 تشرين الثاني 1898 (S. 99، 1، 465، تعليق A.W). وكان الطعن في القضية الأولى يمسك صراحة بأن التفويض لم يكن قابلاً للاحتجاج به في وجه الغير بسبب التنكر للمادة 1690 من القانون المدني. وقد ردت غرفة العرائض هذا الطعن إذ رأت أن العمل المعني يتحلل كتفويض؛ «وأن الأمر لم يكن يتعلق، في القضية... بنقل دين ومفعوله تجاه الغير كان متوقفاً على إتمام المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني، وإنما بتفويض الثمن المشترط على الشاري من قبل البائع لصالح حاملي السندات.. وهو اشتراط يجب أن يستفيد منه المفوض لديهم تجاه الجميع استناداً إلى المادة 1121..». إن أسباب التسويغ التي تبنتها محكمة النقض تثبت بوضوح عدم قابلية تطبيق المادة 1690 على التفويض ولكنها تماثل التفويض أيضاً بالاشتراط لمصلحة الغير. وهذا هو السبب الذي من أجله، في عرف محكمة النقض، ليست المادة 1690 قابلة للتطبيق. ولم تكن ثمة حاجة إلى الرجوع إلى الاشتراط لمصلحة الغير لتسويغ الحل المعتمد. ثم تبنى حكم لاحق صدر عن غرفة العرائض في 19 كانون الأول 1923 (Sirey 1924، 1، 111 والتعليق؛ مجلة قصر العدل، 1924، 1، 397؛ Dalloz 1925، 1، 9، تعليق H. Capitant) نهائياً هذا الحل، وإنما بدون مماثلة التفويض بالاشتراط لمصلحة الغير، مبيناً هكذا استقلالية التفويض. أضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 30 حزيران 1971، Hongre - Deguise ضد Caisse Régionale de Crédit Agricole Mutruel de l'Aisne، الحكم رقم Lexis 407، رقم 32، الطعن رقم 69 - 12845 تاريخ 24 تموز 1969.

الحل الذي لم يعد اليوم موضع نقاش[1].

وبيّن Hubert أن هذا الحكم لا يستحق أي بسط خاص ما دام أن التفويض كان مفترقاً عن حوالة الحق. فالتفويض ليس حوالة حق ولا حوالة دين، طالما أنه ينشىء علاقة قانونية جديدة بين المفوِّض والمفوَّض لديه (علاقة مفوَّض) تتراكب مع الدين (له) الأولي للمفوِّض على المفوَّض ومع الدين (له) الأولي للمفوَّض لديه على المفوِّض (علاقة أساسية). والحال أن وجود تعهد جديد لا يخضع، في القانون العام، لأي شكل خاص ليكون محتجاً به في وجه الغير. واستبعاد أشكال العلنية المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني مسوَّغ إذاً. ولا يمكن، بدون سبب، مد الأحكام المطبقة على اتفاقية إلى أخرى. ولاحظ Hubert، بالإضافة إلى ذلك، أنه ليس ثمة أي حاجة في التفويض إلى أن يكون المفوَّض (الذي يقوم بدور مدين محال عليه) قد جرى إعلامه بالعملية طالما أنه فريق فيها هو نفسه ورضاه هو أحد شروط التفويض[2]. والتفويض بالتالي يحتج به تجاه الغير بدون أي شكل.

385 ـ تتحرر القوانين العصرية من شرط المعرفة بدون أن تضع نظام علنية.

جرى التشهير، في ما يتعلق بنقل الديون (له) المباشر، ربما بشدة إلى حد ما، بأثرية المعاملات المفروضة في المادة 1690 من القانون المدني. وقد تخلص منها المشترع العصري في عدة قوانين بتطبيق القول المأثور السابق في الزمن هو المفضل في القانون.

وهكذا وضع قانون في 2 كانون الثاني 1981 المسمى «قانون Dailly»، والمعدّ لتسهيل الاعتماد للمؤسسات، نظاماً مختصراً لحوالة بعض الحقوق المهنية بشكل أساسي[3]. وحددت المادة 4 من هذا القانون تاريخ سريان الحوالة: تصبح الحوالة تامة بين الفريقين

---

(1) انظر: Demolombe, Traité des contrats ou des obligations conventionelles en général، الجزء V، 1875، رقم 329، صفحة 234. ـ Hubert، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 164 وما يليه، صفحة 124 وما يليها. ـ Baudry - Lacantinerie et Barde, Traité théorique et pratique de droit civil، الجزء III، الموجبات، الطبعة الثالثة، 1908، رقم 1746، صفحة 61. ـ Beudant et - Lerebours Pigeonneiere, Cours de droit civil français، الجزء IX، العقود والموجبات، بالتعاون مع G. Lagarde et R. Perrot، الطبعة الثانية، 1953، رقم 1019، صفحة 101. ـ Marty et Raynaud, Traité de droit civil، الجزء II، المجلد 1، الموجبات، منشورات Sirey، 1962، رقم 842، صفحة 848. ـ Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français، الجزء VII تأليف P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde، منشورات L.G.D.J.، 1954، رقم 1273، صفحة 677 B. Starck, Obligations، المجلد 3، النظام العام، الطبعة السادسة 1992، منشورات Litec، تأليف H. Roland et L. Boyer، رقم 91.

(2) Hubert، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 164، صفحة 124، يقبل المؤلف مع ذلك أن الدين الأول للمفوِّض على المفوَّض كان قد نقل لصالح المفوَّض لديه بدون أن يكون من المفيد أن تراعى أشكال المادة 1690 من القانون المدني.

(3) انظر على وجه الخصوص حول هذه التقنية G. Ripert, Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، تأليف R. Roblot، منشورات L.G.D.J.، 1988، رقم 24281 وما يليه ـ C. Ledouble, Contribution à l'étude des créances cédées dans le cadre de la loi Dailly, Les petites affiches، 3 تشرين الثاني 1986.

وتغدو محتجاً بها في وجه الغير بدون إنجاز أي شكل من أشكال العلنية اعتباراً من التاريخ الذي يسجلها المتنازل له في الجدول. وإذا برز اعتراض على التاريخ المسجل في الجدول فإن عبء إثبات صحته يقع على المتنازل له، وهو إثبات يمكن أن يلجأ إليه بجميع الوسائل (المادة 4، الفقرة 4)[1]. وإذا كان المبدأ بسيطاً فإن تطبيقه يكون أحياناً أقل بساطة في حالة النزاع بين متفرغ لهما متتاليين لدين واحد.

وينبغي الافتراض أن الدين عينه يشكل موضوع تفرغين Dailly على التوالي. فأي من المتفرغ لهما هو حائز الدين؟. بمقتضى المادة 4 من القانون أول المتفرغ لهما هو، مبدئياً، مالك الدين ومؤهل إذاً لتلقي التسديد. والتفرغ الثاني مشوب بالفعل بالبطلان. إلاّ أن حكماً صدر عن محكمة التجارة في باريس في 24 أيار 1988[2] استنتج غير ذلك بإضفاء الصحة بشكل منازع فيه على التسديد الجاري للمتفرغ له الثاني تاريخاً.

كان وزير الثقافة قد خصص، في هذه القضية، شركة KCP بمساعدة مالية قدرها مليون فرنك لتحقيق أحد المشاهد. وجرى التفرغ عن هذه المساعدة في المرة الأولى قبل استيفائها وإبلاغها وزير الثقافة. بيد أن شركة KCP، عندما حصلت على هذه المساعدة، تفرغت عنها مرة أخرى إلى مؤسسة ائتمان وأبلغت ذلك مكتب أمانة الخزينة العامة. إن هذا الإبلاغ الثاني وحده يمكن أن ينتج المفاعيل المنصوص عليها في المادة 5 من قانون 2 كانون الثاني 1981[3]، ذلك بأن محاسبي الخزينة وحدهم مؤهلون لإجراء هذه التسديدات دون الآمرين بالصرف. وفي الواقع جرى دفع المساعدة إلى المتفرغ له الثاني. فقاضى المتفرغ له الأول عند ذلك المتفرغ له الثاني مدعياً نقل أموال المساعدة مع الفوائد فردت محكمة التجارة ادعاءه إذ أخذت بأن المتلقي، رغماً عن بطلان التفرغ الثاني، بإمكانه الاحتفاظ بمبلغ المساعدة على أساس الظاهر لأن «هذا الإبلاغ (الأول) المساء توجيهه لا يمكن أن يقوم بوظيفة إعلام المدين وعززت، كغياب التبليغ، الظاهر الموضوعي» بأن المتفرغ «بقي حائز الدين».

ويقود الحل الذي تبنته محكمة التجارة في باريس المبني على الظاهر إلى إفراغ المادة 4 من أي مدى بإدخال شرط غير منصوص عليه في القانون عن طريق الحيلة في ما يتعلق بحجية التفرغ للغير ـ المتفرغ له الثاني غير المالك في هذه القضية ـ أي إبلاغ المدين المحال عليه الوارد في المادة 5، وليس بالتأكيد بدور التذكير بما تتطلبه المادة 1690 من القانون المدني. بيد أن الإبلاغ المنصوص عليه في المادة 5 له مفعول وحيد هو إضفاء الصحة على

---

(1) انظر حول هذه النقطة الخاصة، النقض التجاري في 7 كانون الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 448، صفحة 326، الحكم بأنه على القاضي، عندما يتضمن الجدول تاريخين، أن يختار أحدهما بدون أن يثير عناصر إثبات خارجية لتقرير أن التفرغ لا يمكن أن ينتج مفاعيل بين الفريقين أو تجاه الغير.

(2) Dalloz 1988، صفحة 533، تعليق D. Martin.

(3) حسب هذا النص «بإمكان مؤسسة الائتمان، في أي وقت، منع المدين بالدين المتفرغ عنه أو المرهون أن يدفع لموقع الجدول. والمدين، اعتباراً من هذا التبليغ الذي ستحدد أشكاله بمرسوم يتخذ في مجلس الدولة نصت عليه المادة 13، لا يتحرر بشكل صحيح إلاّ لدى مؤسسة الائتمان».

الدفع إلى غير المتفرغ له المبلّغ ـ هذا ما اعترفت به المحكمة صراحة ـ فالتبليغ لا يتعلق إذاً إلاّ بالعلاقات بين المتفرغ له والمدين المحال عليه. وهو لا يتعلق بحجية التفرغ تجاه الغير المنظم في المادة 4 بتعابير واضحة جداً من المناسب التذكير بها: التفرغ يحتج به في وجه الغير في التاريخ المسجل في الجدول. والحال أن المشترع، يجعل حجية جداول الغير غير متوقفة على أي معاملة علنية، كان قد كرس تطبيق القول المأثور الأسبق في الزمن هو المفضل في القانون، ومفعول ذلك بالضرورة استبعاد تطبيق نظرية الظاهر. لذلك لا يمكن تأييد الحل الذي تبنته محكمة التجارة في باريس. كان استدلال المحكمة، بغطاء نظرية الظاهر، كما لو أن التفرغ Dailly كان تفرغاً عن دين في حق مشترك مع أنه يفترق عنه بوضوح حول هذه النقطة.

وقد فسخت الغرفة الخامسة في محكمة استئناف باريس هذا الحكم بالتشديد على أصالة التفرغ Dailly وببيان أن نظرية الظاهر كانت أجنبية عن النقاش ذلك بأن المتفرغ له الثاني لم يكن من الممكن أن يجهل أن القانون لا يضع نظام علنية لجعل التفرغ محتجاً به في وجه الغير[(1)]. وهذا الحل يجب تأييده.

يضاف إلى ذلك أن الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم بتاريخ 19 أيار 1992[(2)]، طبقت بصلابة المادة 4 من القانون Dailly.

والقانون رقم 88 ـ 1201، تاريخ 23 كانون الأول 1988، المكمّل بالمرسوم رقم 89 ـ 158، تاريخ 9 آذار، 1989 وبنظام عمولة عمليات المصفق (أي البورصة) المتعلق بالموافقة على صندوق الديون المشترك وسير عمله والمصادق عليه بقرار 31 تموز 1989، نظم ما اتفق على تسميته «تسديد الديون (له)»[(3)] وما جرى تعريفه قانوناً بقرار 11 كانون الثاني 1990 بأنه «التقنية التي تستبدل بصيغ الائتمان المصرفي صيغ السندات القابلة للتداول أو العقود التي تتناول هذه السندات الصادرة عن الجمهور إمّا بإنشاء أدوات مالية (سندات الخزينة مثلاً)، وإمّا بتحويل ائتمان إلى قرض بقيمة السند الصادر (ائتمان رهن عقاري محول إلى التزامات عقارية مثلاً)، وإمّا بالتحويل إلى حصص هيئات التوظيف بقيم منقولة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض (صندوق الديون المشترك)»[(4)].

---

(1) Dalloz 1990، الصفحة 44 من التقرير.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 190، صفحة 133؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E، بانوراما، 919، صفحة 297.

(3) انظر عرض J. P. Bertrel و M. Jeantin في Droit de l'ingénierie française، منشورات Litec، 1990، رقم 273 وما يليه، صفحة 209 وما يليها.

(4) انظر نص القرار في فهرس Defrénois، 1990، صفحة 269 وما يليها. ويحوي هذا القرار تعاريف أخرى: «قابل للتحويل إلى سند (صفة): يقال ذلك في صيغة ائتمان مصرفي قابل لأن يتحول إلى سند»؛ «سنّد (فعل): استبدال صيغ سندات قابلة للتداول أو عقود تتناول هذه السندات صادرة عن الجمهور بصيغ الائتمان المصرفي».

ويتعلق الأمر بوضوح بالسماح بتسهيل تداول بعض الديون (له) تحت يد مؤسسات الائتمان أو صندوق الإيداعات أو الودائع بتحويلها بأسلوب مختصر ـ تسليم جدول ـ إلى صندوق مشترك للديون (له) يصدر مرة واحدة حصصاً تمثيلية لهذه الديون[1].

واستبعد القانون قواعد القانون المدني حوالة الحق لصالح أسلوب مختصر. وبالفعل تنص المادة 34، الفقرة 6، من القانون على أن حوالة الحق تتم فقط بتسليم جدول يتضمن بعض البيانات. يضاف إلى ذلك، استناداً إلى المادة 34، الفقرة 7، من القانون، أن الحوالة يبدأ مفعولها بين الفريقين ويصبح محتجاً بها ضد الغير في التاريخ المسجل في الجدول عند التسليم. من غير المفيد إذاً إبلاغ الحوالة كل مدين محال عليه. غير أن القانون ينص على إعلام المدينين عن طريق كتاب عادي[2]. والعلم بهذا الكتاب ليس إذاً، مبدئياً، شرطاً لحجيته.

ب ـ الحالات التي تكون فيها المعرفة شرطاً للحجية.

386 ـ تأخذ محكمة النقض عموماً بأن المعرفة شرط ضروري لمسؤولية الغير الذي يتعاقد متنكراً لحقوق الغير[3].

حكمت غرفة العرائض في 8 تشرين الثاني 1904 بأن التاجر الذي، مع معرفته بالمنع التعاقدي الذي يربط أحد الأشخاص بشريكه القديم وهو منافسه ويشرك هذا الشخص في تجارته بمساعدته هكذا على انتهاك التعهدات، يرتكب مع ذلك هذا الخطأ الذي من شأنه أن يجعله مسؤولاً[4]. كما حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 تشرين الأول 1971، بأن «أي شخص يساعد الغير على انتهاك الموجبات العقدية التي تقع على عاتقه، مع معرفته بها، يرتكب الخطأ التقصيري تجاه ضحية المخالفة»[5]. وطبق تشكيل الغرفة التجارية ذاته في محكمة النقض في عام 1979 هذه القاعدة[6] التي يبدو أنها ثابتة تماماً[7].

وينضم هذا الحل الاجتهادي إلى المبدإ المطروح في قانون العمل في المادة 122 ـ 15 L. من قانون العمل التي تأخذ بمسؤولية المستخدِم في حالة الإغراء على ترك العمل غير

---

(1) المادة 34 من قانون 23 كانون الأول 1988.

(2) قبول المدينين ليس مفروضاً إلاّ في حالة إناطة تحصيل الديون بشخص غير المؤسسة المتفرغة حيث يجب أن يتم القبول خطياً في آونة نقل إدارة هذا التحصيل (المادة 36).

(3) انظر: F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(4) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض في 8 تشرين الثاني 1904، مجلة قصر العدل، 1904، 2، 605؛ Dalloz الدوري 1906، 1، 489، تعليق L. Lacour؛ Sirey 1910، 1، 119.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 237، صفحة 221؛ Dalloz 1972، صفحة 120.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 آذار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 100؛ Dalloz 1980، صفحة 1، تعليق Y. Serra.

(7) انـظـر أيـضـاً: G. Virassamy, La connaissance et l'opposabilité, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco - belges، منشورات L.G.D.J.، 1992، صفحة 132 وما يليها.

القانوني. وبمقتضى هذا النص بالفعل: «عندما يفسخ أحد الأجراء عقد العمل تعسفياً ويقدم خدماته ثانية، يكون المستخدم الجديد مسؤولاً تضامنياً عن الضرر المسبب للمستخدِم السابق في الحالات الثلاث التالية:

1 ـ عندما يثبت تدخله في الفسخ.

2 ـ عندما يستخدِم عاملاً كان يعرف أنه كان مرتبطاً بعقد عمل.

3 ـ عندما يستمر في تشغيل العامل بعد أن علم أن هذا العامل ما يزال مرتبطاً بمستخدِم آخر بعقد عمل» (إلا أن يكون هذا العقد قد استنفد مفاعيله في الآونة التي عرف فيها المستخدِم الجديد بعقد العمل القديم). فالقانون يجعل إذاً من العلم بعقد العمل السابق شرطاً للحجية.

على أن الغرفة التجارية في محكمة النقض حكمت لاحقاً في فرضية اشتراك الغير بأن مجرد العلم لا يكفي لاعتبار الغير مسؤولاً[1].

كانت شركة Gombert، في هذه القضية، تورد الجعة للزوجين Melia بائعي الجعة بالمفرق المرتبطين بالشركة الباريسية بعقد توريد حصري يتعلق بالمشروب عينه. وقد أعلمت هذه الشركة شركة Gombert بوجود هذا العقد. ورغماً من هذا الإعلام استمرت شركة Gombert بالتوريد إلى الزوجين Melia. فأقامت الشركة الباريسية عند ذلك دعوى المسؤولية ضد شركة Gombert وحصلت في الاستئناف على تعويض بسبب المنافسة غير الشريفة. ولكن محكمة النقض نقضت هذا الحكم إذا رأت: «أن الحكم على هذا النحو، في حين أن واقعة تلبية شركة Gombert الطلبات رغماً عن حقوق الحصرية التي تستفيد منها الشركة الباريسية مع علمها بها لم يكن يشكل بحد ذاته، في غياب عناصر أخرى، عمل منافسة غير شريفة».

هل من الواجب اعتبار هذا الحكم حكم قضية معينة أم حكم تحوّل؟

إن كون الحكم حكم نقض هو برهان جدي لصالح الفرع الثاني من الخيارين، ولصياغة الحكم. إلاّ أنه يمكن، بالاتجاه العكسي، القول إنه ينبغي وضعه من جديد في منطوقه الأعم. وبالفعل عدلت محكمة النقض، ابتداء من عام 1983، مذهبها المتعلق بالتوزيع الموازي[2]. ألم ينشأ الحكم، في هذه الظروف، عن التباس؟ يمكن اعتقاد ذلك لأنه يبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض عادت لاحقاً إلى مذهبها الأولي[3].

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 أيار 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 99، صفحة 85؛ Dalloz 1987، الصفحة 266 من الموجز، ملاحظة Y. Serra.

(2) انظر الرقم 377 السابق.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 آذار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 98، صفحة 65؛ D. 1989، صفحة 428، تعليق A.Bénabent. يتعلق الأمر في القضية الراهنة بقبول منتجات لدى موزع معتمد من قبل الصانع وانتهاك عقد التوزيع، انظر الرقم 377 السابق. يرى السيد P. Jourdain في Les réseaux de distribution et la responsabilité des tiers revendeurs hors réseau (Dalloz 1990، العرض =

والحكم المبين أعلاه، في أي حال، يتعرض للنقد لأنه يعيد النظر في مفهوم الحجية ذاته. وبالفعل، بتقدير أن العلم بالعقد ليس شرطاً كافياً لمسؤولية الغير الشريك تقيد بذلك فعالية العقد الكاملة، في حين أن صحته لم تكن مقحمة والأمر لا يتعلق بمفاقمة وضع الغير[1]. فنعود بذلك إذاً إلى مفهوم أثري ومغلوط لمبدإ المفعول النسبي للعقود.

387 ـ معرفة الغير مطلوبة أيضاً عندما يكون العقد معدّاً لأن ينتج مباشرة مفاعيل في ذمته المالية.

وهذه هي الحال، على وجه الخصوص، بالنسبة إلى العقود المتضمنة تحديداً لمسؤولية الفريقين تجاه الغير الذي يتعاقد معهما. وهذا التعبير، التناقضي لأول وهلة، لا يمكن فهمه إلاّ بالنسبة إلى الطبيعة «الجماعية» لبعض العقود.

ويشهر ذلك الحكم الصادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 19 أيار 1987[2]. كانت الشركة العامة للمياه ونقابة بلديات ضاحية باريس قد اتفقتا على نظام معين. وقد فرضت هذه النقابة مسؤولية شخصية على المشتركين في أقسام الفروع الكائنة في أملاكهم. وفي دعوى المسؤولية التي أقامها أحد المشتركين ضد الشركة العامة للمياه رفضت محكمة استئناف فرساي تطبيق هذا البند بحجة أنه غير قابل للاحتجاج به ضد المشترك. وقد ردت محكمة النقض الطعن وحكمت بأن محكمة الاستئناف استنتجت عن وجه حق لاحجية النظام تجاه المشتركين بعد أن تبينت أن النظام المنازع فيه لم يبلغ إليهم. وهكذا تظهر المعرفة شرطاً للحجية. وصدرت أحكام أخرى بهذا المعنى[3].

ويجب أن يلاحظ أن البند المنازع فيه كان معدّاً لإنتاج مفاعيل في ذمة المشتركين المالية. وأن تخفيض حقهم في التعويض كان مضرّاً بهم بالضرورة. ويتم إدراك تطلب معرفة الغير إذاً بسهولة. غير أنه يمكن التساؤل عما إذا كنا ما نزال في هذه الحالة في مجال حجية

= IX، صفحة 43 وما يليها) مع ذلك أن حكم 1990 لم يرجع بالضرورة عن مذهبه لعام 1989، لأن الأوضاع بدت مختلفة على صعيد المنافسة. فقد حاول إذاً تسويغ هذا الفارق بالتمسك بمشيئة الغرفة التجارية في محكمة النقض «في تأمين تماسك لاجتهادها مع الحالة القانونية للمنافسة ولا سيما القانون المجموعي» (رقم 26). وفي عرف المؤلف تترجم اللاّحجية التي ولّدها انتهاك موجب حصرية كالبيع بعد الشراء لمنتجات من قبل موزعين غير معتمدين متنكرين لشبكة توزيع انتقالية «تساهلاً استثنائياً لقانوننا الذي يتمسك بالضرورة الاقتصادية للحفاظ على سيولة كافية للسوق. وعلى عكس ذلك يشكل انتهاك الغير موجب الموزعين المختارين بعدم بيع الوسطاء غير المعتمدين بعد الشراء انتهاكاً لموجبات الغير العقدية لا يمكن أن تسوّغه إرادة تأمين فعالية المنافسة» (رقم 127 ـ واللاّحجية في النهاية أو لامسؤولية الغير، لن تسوّغ إلاّ بحق المنافسة. وبما لن نقتنع بهذا التحليل ذلك بأننا رأينا (الرقم 377 السابق) أن حلول القانون الوضعي تفسر بسهولة باللجوء إلى المبادىء التقليدية لقانون الموجبات.

(1) انظر الرقمين 394 و 395 اللاحقين.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 120.

(3) انظر على سبيل المثال النقض المدني في 6 حزيران 1989، النشرة المدنية، IV رقم 181، صفحة 120. لاحجية الاشتراطات المعقودة بين الشاري والهيئة المالية تجاه البائع الذي لم يعلم بها.

العقد. وبالفعل، إذا ما تبعنا منطق الحكم فإن مجرد المعرفة يقود إلى الاعتراف بأن البند الذي يحدد المسؤولية يفرض على المشتركين ويلزمهم بالتالي. أليس ذلك تقدير أننا في مجال قوة العقد الملزمة؟. إننا نجد هنا الالتباس التام الذي يحيط بمفهوم «الحجية».

وقياس الحل الذي اعتمدته محكمة النقض صعب التحديد. إن للعقد الذي حددت مداه عدة خاصيات. وصفة الفريقين وطبيعة العقد الجماعية كانتا هكذا عنصرين واقعيين يدخلان في الحسبان للبت بالنزاع. وليس من الأكيد أنه من الممكن امتداد الحل إلى أوضاع قريبة.

388 ـ لا يمكن، على وجه العموم، افتراض معرفة العقد.

صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 12 آذار 1963 حكم بهذا المعنى[1].

كانت إحدى الشركات الفرنسية، في هذه القضية، قد حصلت على توزيع حصري لمسجلات للصوت صنعتها شركة ألمانية. وتجّرت شركة أخرى المنتجات عينها في فرنسا. وقاضت الشركة الأولى عند ذلك، أمام قاضي العجلة، الشركة الثانية التي تمسكت في دفاعها بجهلها اتفاقية الحصرية. فعين قاضي العجلة مديراً قضائياً مكلفاً ضبط مسجلات الصوت وحفظها لحساب من ستعود له بحجة أنه يعود «عند الاقتضاء إلى الشركة المدعى عليها (الموزع الثاني) إثبات حسن نيتها وجهلها وجود عقد الحصرية. . أمام قاضي الأصل». فنقضت محكمة النقض هذه الحجة إذ بينت أن محكمة الاستئناف «استبقت الحكم بحجية عقد» تجاه الشركة الثانية التي «لم تكن هذه الشركة فريقاً فيه». كان ذلك تأكيد أن إثبات المعرفة بالعقد المنازع فيه يقع على عاتق المدعي، وبالتالي رفض الافتراض أن الغير كان يمكن أن يكون على علم بالعقد.

إن الحكم ملفت بصفة أخرى. إنه ينزع بالفعل إلى إثبات عدم إمكانية افتراض حجية العقد مما ينزع إلى إثبات أن اللاّحجية هي المبدأ، والحجية هي الاستثناء، أو على الأقل أن المعرفة شرط لازم لحجية العقد.

ويبدو أن هذا المبدأ ينبغي تحديده بدقة ذلك بأن بعض الأحكام أخذ بأن المعرفة يمكن أن تكون مفترضة. على أن هذه الأحكام محدودة العدد ويمكن تفسيرها على وجه العموم باعتبارات أخرى.

وفي 5 كانون الثاني 1967[2] حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بأنه بسبب «علاقات حميمة» بين مديرة إحدى الشركات والمستخدم الذي أغوته، لم يكن من الممكن أن تجهل المديرة وجود بند عدم المنافسة الذي يربط هذا المستخدم بمستخدِمه القديم رغماً عن ذكر «حر من أي تعهد» الوارد في شهادة العمل. بيد أن الحكم بيّن أن المديرة (غير الشريفة في الأعمال) كانت عشيقة الأجير (القليل التشكيك!) منذ عدة سنوات.

---

(1) Dalloz 1963، صفحة 367، تعليق J. Robert.

(2) Dalloz 1967، صفحة 212.

وفي حكم بتاريخ 3 آب 1934[1] حكمت غرفة العرائض في محكمة النقض بأن الغير الشريك «الذي يمارس منذ سنوات عديدة في باريس تجارة الوسيط التجاري ـ المصدّر والبائع بعد الشراء منتجات العطور ليس في وسعه أن يدعي جهل العادات الخاصة ببعض بيوت العطور المعروفة جداً، ولا سيما الموجب المقبول بعدم بيع منتجات بسعر أدنى من السعر المحدد». كانت صفة الغير المهنية في هذه القضية مشدداً عليها، إنما يبدو أن هذه الصفة وحدها غير كافية. وبالفعل شددت محكمة النقض على أن بند الثمن المفروض كان يشكل عادة. ولم يكن موضوع الخلاف التنكر لموجب عقدي كان الغير أجنبياً عنه وإنما التنكر لعادة اتفاقية[2].

واستنتجت محكمة استئناف Aix، في 10 آذار 1937[3] معرفة بند السعر المفروض من التطلب المهني لمديري شركة التوزيع التي كانت تبيع المنتجات بعد الشراء (كونياك Martell «ثلاثة نجوم»).

وفي 24 تشرين الثاني 1904[4] استنتجت محكمة استئناف باريس معرفة الغير من تعهد التمثيل المسرحي الذي ساهم في انتهاك الدعاية التي جرت عن طريق الصحافة والإعلانات. بيد أن المحكمة بينت أيضاً أنه «باعتراف المستأنف عليهم نفسه كان المديرون المنافسون يعرفون، قبل أي دعاية، تعهدات الفنانين في المؤسسات القريبة المماثلة». المعرفة الشخصية للغير إذاً كانت قائمة.

إلاّ أنه إذا ظهر في النهاية أن المعرفة لا يمكن أن تفترض افتراضاً خارج ظروف خاصة، أليس من الواجب قبول أن الغير عليه أن يستعلم حول وجود عقد في تمانع مع العقد الذي ينوي إبرامه؟ بالنسبة إلى Ginossar «لا يُلزم أحد، قبل التعاقد، بالتأكد، من أجل شريكه في التعاقد، من غياب تعهدات مناقضة للتعهدات التي يعرض هذا الشريك الالتزام بها»[5]. ورأت الآنسة Viney أن فرض موجب عناية كهذا على الغير «يثقل العلاقات القانونية بتهديد عام يصعب تحمله»[6].

بيد أن محكمة استئناف Douai حكمت، في 15 حزيران 1898[7]، في صدد نزاع

---

(1) Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 489؛ مجلة قصر العدل، 1934، 2، صفحة 640. انظر حكم محكمة استئناف باريس (17 كانون الأول 1932)، مجلة قصر العدل، 1933، 1، صفحة 290.

(2) انظر المدخل العام حول العادات، رقم 496. ـ انظر حول انتقاد هذا النموذج من الاستدلال، الرقم 377 السابق.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري، 1937، 253، تعليق J.L..

(4) Sirey 1905، 2، 284.

(5) Liberté contractuelle، المرجع عينه، رقم 11، صفحة 24. وفي عرف R. Savatier تستدعي المادة 1165 من القانون المدني بالنسبة إلى الغير فقط الحق في أنه لا يتوجب عليه البحث عما إذا كان موجب ما موجوداً. في Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats المرجع عينه، رقم 27. ـ وبالمعنى عينه A. Weill، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 253، صفحة 438 ـ J. Duclos، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 439 ـ 2، صفحة 452 وصفحة 453.

(6) المذكورة سابقاً، رقم 207.

(7) Siry 98، 2، 228.

يواجه حائزين متعاقبين لحق الصيد البري، بأن على من جاؤوا بعد غيرهم أن يتأكدّوا قبل الصيد في الأراضي المؤجرة سابقاً أنها حرة.

389 ـ مسؤولية الغير لا تقوم، من حيث المبدأ، إلاّ أن يكون على علم بالعقد في الآونة التي يبرم فيها مع المدين الاتفاقية التي هي في تمانع معه[1].

هل يستبعد هذا المبدأ أي مسؤولية على الغير عندما لا يعلم بوجود العقد إلاّ لاحقاً؟

يجيب قانون العمل سلباً على أساس المادة 122 ـ 15 .L من قانون العمل؛ إن المستخدِم يكون مسؤولاً عندما يستمر في تشغيل عامل بعد أن يعلم أن هذا العامل كان ما يزال مرتبطاً لدى مستخدم آخر بعقد عمل. بيد أنه جرى بيان[2] أن الأمر يتعلق بنص استثنائي وامتداده إلى مجالات أخرى يجب بالتالي استبعاده. غير أنه يبدو أن الحق الخاص الذي ينص عليه قانون العمل يمكن أن يمتد إلى العقود المتعاقبة جميعاً. وبالفعل ليس ثمة أي سبب لتقرير أن الغير الذي يستمر في انتهاك بند حصرية، على سبيل المثال، بعد معرفته به، يمكن استثناؤه خلف ستار جهله الأولي للاستمرار في التنكر للعقد بلا عقاب. ولا يكون بالتأكيد مسؤولاً إلاّ من آونة معرفته الفعلية به.

ويمكن تفسير حكم صدر عن الغرفة الثانية في محكمة استئناف Aix في 15 آذار 1938 على هذا النحو[3]. كانت مديرة أحد الفروع ملزمة في عقد إدارتها بأن تستورد من شركة Lion d'Arles. وكان السيد Itier مع ذلك يورد للإدارة وطلبت شركة Lion d'Arles إلى السيد Itier الامتناع عن تمويناته بكتاب مؤرخ في 5 أيار 1932. ولكي تقدر محكمة استئناف Aix مسؤولية السيد itierبحثت عما إذا كان هذا الأخير قد استمر بعد هذا التاريخ في تموين المديرة لأن مسؤوليته لا يمكن أن تكون قائمة إلاّ أن يكون على علم ببند التوريد الحصري، وحكمت برد ادعاء المدعية لأنها لم تقدم الإثبات على التصرفات المؤاخذ عليها بعد تاريخ 5 أيار 1932.

ج ـ الحالة التي تكون فيها المعرفة شرطاً غير كافٍ للحجية.

390 ـ حوالة الحق.

جرى نقاش حول مسألة معرفة ما إذا كانت المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني (إبلاغ المدين المحال عليه أو قبوله في عقد موثق) ضيقة قانوناً أم لا[4].

---

(1) S. Ginossar, Liberté contractuelle المرجع عينه، رقم 13، صفحة 30.

(2) F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 109.

(3) Dalloz الأسبوعي 1938، صفحة 379.

(4) بعد الملاحظة أن هذه المعاملات لا مكان لها عندما يكون ثمة نقل لعناصر فاعلة ومنفعلة بصلة كلية، انظر النقض التجاري في 18 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 351، صفحة 386. إضافة إلى P. Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، باريس II، 1977 ـ 1978، صفحة 175. ـ Marty, Raynaud et Jestaz, Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، رقم 356.

طرحت، تاريخياً، مسألة المعرفة في القانون الروماني منذ أن تخيلت الممارسة، كملطف لعدم قابليته الديون، أسلوب التوكيل في ما هو من حق الشخص الذي كان وكالة يكلف فيها صاحب هذا الحق شخصاً ثالثاً بإقامة دعوى تعود إليه مع الإعفاء من تقديم الحساب[1]. وجرى التساؤل عما إذا كان مجرد المعرفة بالتفرغ يقوم مقام الإبلاغ. أجاب بعض المؤلفين إيجاباً[2] وبعضهم الآخر سلباً[3]. ويبدو أن الإبلاغ في القانون القديم يتجاوب مع اهتمام آخر تماماً غير الاهتمام بمعرفة المحال عليه بالتفرغ لأن الملكية لا تنقل بمجرد الاتفاق وإنما بوضع الشيء في الحيازة الحقيقية[4]. عندها جرى التمسك بأن الإعلام كان بالنسبة إلى المنقولات غير المادية يعادل الحيازة في ما يتعلق بالمنقولات المادية[5]. وقد قبل بعض المعلقين مع ذلك أن المعرفة يمكن أن تكون بديل عدم الإبلاغ[6]. بيد أنه، كما لوحظ، إذا «كان نقل الحيازة يستوجب مساهمة إرادتي شخصين فمن المستحيل اعتباره تماماً لمجرد معرفة المدين المحال عليه»[7]. إن التطور اتخذ منحى زوال تطلب نقل الحيازة، بحيث أن المعاملات المفروضة في المادة 1690 من القانون المدني ظهرت كبقاء شاذ لا يمكن أن يرتبط، إضافة إلى ذلك، بنقل الحيازة الروماني، طالما أن المبدأ أصبح مبدأ عدم قابلية نقل الديون[8]. وينبغي أن تعني المادة 1690 من القانون المدني إذاً أن الملكية لا يتم اكتسابها إلاّ أن يكون التفرغ قد أصبح علنياً، والعلنية ليست سوى نتيجة الإبلاغ والقبول الموثق (أو الأصيل).

ويقبل الاجتهاد المعاصر بعض التنظيم. وهكذا ينظر إلى إبلاغ الدفع كمعادل للإبلاغ[9]. كما أن الإبلاغ عن طريق الطلبات فعال إذا كان يتيح إعلاماً صحيحاً للمدين

---

(1) S. Campion, De la connaissance acquise par les tiers d'un transfert de créance non signifié، أطروحة في ليل، 1909، صفحة 20 وما يليها.

(2) Campion المذكور سابقاً الذي يستشهد بـ Weil، التعليق S. 98، 1، 113.

(3) Manul élémentaire de droit romain، الطبعة الثانية منشورات Rousseau، 1898، صفحة 718، التعليق 1.

(4) محكمة استئناف Caen، 4 كانون الثاني 1814، يوميات الكتابة العدل، 1820، البند 3241، صفحة 74، التي حكمت بأن تاريخ الإبلاغ هو الذي يعطي التفضيل وليس تاريخ العقد لأن الإبلاغ يجري نقل الحيازة. وأضافت المحكمة أنه بإعطاء الأفضلية لتاريخ العقود «خالفت المحكمة قواعد القانون القديم المحدد بالاجتهاد النورمندي والمكرس في القانون المدني».

(5) Campion، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 26، وهو يفسر هكذا صياغة المادة 108 من بلدية باريس: «مجرد النقل لا يكفي، يجب إبلاغ النقل للفريق بتسليمه نسخة عنه». وكذلك P. Raynaud, Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، باريس II، 1977 ـ 1978، صفحة 179.

(6) ومن بينهم D'Espeisses، مؤلفاته، الباب I، في الشراء، القسم II، صفحة 17، تأليف Campion، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 28 وصفحة 29.

(7) Campion، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 29.

(8) Campion، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 31.

(9) النقض التجاري، 18 شباط 1969، Dalloz 1969، صفحة 354.

المحال عليه[1]، وأيضاً قبول التفرغ في عقد ذي توقيع خاص[2].

غير أن الاجتهاد يرفض الأخذ بأن مجرد المعرفة يكفي لجعل التفرغ محتجاً به ضد المدين المحال عليه. وهكذا حكمت هيئة محكمة النقض بكامل غرفها في حكم ملفت في 14 شباط 1975 «بأن إنجاز هذه المعاملة أو تلك من المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني لا يمكن أن يغدو غير مفيد لجعل التفرغ عن حق أو إيجار محتجاً به ضد المالك إذا كان قد عرف بهذا التفرغ وحسب وإنما كذلك إذا كان قد قبله بدون التباس»[3].

كان الحكم يتعلق بتنازل عن إيجار، أي تنازل عن العقد. على أن عموميته تقود إلى الأخذ بأنه يتعلق بحوالة حق معزولة[4]. والإسناد إلى المادة 1690 من القانون المدني هو، إضافة إلى ذلك، مؤشر جدي بهذا المعنى، والاجتهاد الحديث في هذا الاتجاه.

فالتفرغ بالتالي غير قابل للاحتجاج به ولاسيما ضد المدين المحال عليه. وحكمت الغرفة الثالثة في محكمة النقض أيضاً بشكل أوضح، في 12 حزيران 1985، استناداً إلى المادتين 1165 و 1690، «بأن حوالة الحق ليس لها مفعول إلاّ بين الفريقين، وبأن الغير، ولاسيما المدين المحال عليه، ليس في وسعه الاحتجاج به ولا التمسك به»[5].

---

(1) النقض التجاري، أول كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 189. ـ الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض 8 تشرين الأول 1980، النشرة المدنية، I، رقم 249، صفحة 199.

(2) النقض التجاري، 15 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 157، صفحة 132؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 758، رقم 11، ملاحظة J. Mestre. ـ انظر غرفة العرائض، 6 كانون الأول 1878، Dalloz الدوري، 78، 1، 275 «يلغي ليكون الإبلاغ إبلاغ التفريغ أن يعطي، كالإبلاغ، خلاصة عن التفرغ الذي يجعل النقل أكيداً».

(3) النشرة المدنية، رقم 1؛ Dalloz 1975، صفحة 349؛ مجلة قصر العدل، 1975، 1، 342، ملاحظة Ph. H. Brault. وليس الحل جديداً في الحقيقة، إذ يمكن أن يستند إلى سابقات منها حكم النقض المدني في 4 كانون الأول 1827، Sirey 1828، 1، 42؛ يوميات الكتابة العدل، 1828، البند 6487، صفحة 169. على أن أحكاماً أخرى يمكن التمسك بها على أنها تماثل معرفة المحال عليه بالمعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني (Campion، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 49 وما يليها): النقض المدني في 13 تموز 1831، D.P. 31، 1، 242؛ غرفة العرائض، 17 آب 1844؛ Sirey 49، 1، 48، غير أن المعرفة، في هذا الحكم، لم تكن سوى عنصر بين غيره من العناصر.

(4) انظر: Marty, Raynaud et Jestaz, Les obligations، الجزء 2، النظام، رقم 357، وهم يستشهدون بالحكم كحوالة حق.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 73؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 349، رقم 6، ملاحظة J. Mestre. إن الحكم، بسبب صياغته العامة، يبدو أنه يدين الفرضيات التي يدافع عنها Troplong و Duvergier (وقد استشهد بهما Campion في أطروحته المذكورة سابقاً، صفحة 42) واللذان يفرقان بين فئتين من الغير، المدين المحال عليه من جهة أولى، والغير الآخرين من جهة ثانية. إن مجرد علم المحال عليه بالتفرغ، بالنسبة إلى الأول، يكفي ليكون محتجاً به تجاهه، ولم يكن ذلك في هذه الحالة في مكان الغير الآخرين. وبالنسبة إلى الثاني أنه مبدأ حل عكسي يجب أن يتغلب. ويمكن التعليق بأن الغرفة المدنية في محكمة النقض في 24 كانون الأول 1894، يوميات الكتابة العدل 1895، البند 25599، صفحة 90، =

كما أن مجرد معرفة تفرغ سابق لا يكفي لمنع المتنازل له الثاني من إبلاغ المدين هذا النقل بشكل مقيد والتغلب على المتنازل له الأول[1].

والمادة 12 ـ 2 من اتفاقية روما في 19 حزيران 1980، في قانون المجموعات الأوروبية، المتعلقة بالقانون المطبق على الموجبات العقدية، تحدد أن القانون الذي يسوس الدين (له) المتنازل عنه هو الذي يحدد الطابع القابل للتنازل، والعلاقات بين المتنازل له والمدين، وشروط حجية التنازل تجاه المدين والطابع التحريري للتقديم الذي يقوم به المدين[2]. وتثير صياغة النص بالضرورة مسألة معرفة ما هو القانون الذي يجب أن يسوس حجية التنازل في وجه الغير ما عدا المدين، المتنازل له الثاني على سبيل المثال. وهذا النص بالفعل لا يستهدف سوى حجية التنازل تجاه المدين المحال عليه.

391 ـ الكمبيالة غير المقبولة.

بمقتضى المادة 116، الفقرة 3، من قانون التجارة «تنقل ملكية مقابل الوفاء حكماً لحاملي الكمبيالة المتعاقبين». ويبدو أن هذه المادة تشمل الأوضاع كافةً طالما أنها لا تفرق بين أن تكون الكمبيالة مقبولة أم لا. وبالفعل حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض في عامي 1970 و 1982 بأن نقل ملكية مقابل الوفاء كان مستقلاً عن قبول المسحوب عليه. وبالتالي يتم النقل في تاريخ تسليم السند إلى المستأجر أو تظهيره[3]. وجرى الاستنتاج من ذلك أن الحق الذي يعود إلى الحامل يكفي لمنع دائني الساحب من حجز مقابل الوفاء الموجود لدى الغير بين يدي المسحوب عليه[4].

بيد أن محكمة النقض عدلت اجتهادها ابتداء من عام 1984[5]. ففي حكم أول في 6

= حكمت بأن مجرد علم دائني الحوالة بالحوالة الحاصلة، في غياب غش هؤلاء الدائنين، لا يكفي لجعل النقل محتجاً به ضدهم (حكم واضح إلى درجة أنه يمكن اعتباره حكم نقض). إن حكم 12 حزيران 1985 يثير مع ذلك صعوبات. وبالفعل حكمت أحكام أخرى بأن عدم إتمام المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني لا يجعل «المتفرغ له غير مقبول لمطالبة المدين المحال عليه بتنفيذ موجبه عندما لا يكون هذا التنفيذ قابلاً لأن يشكل عائقاً لأي حق حدث منذ ولادة الدين على المدين المحال عليه أو على شخص آخر أجنبي عن الحوالة» (النقض المدني في 26 شباط 1985، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20607، تعليق B. Petit، وهو غير منشور في النشرة الرسمية، وقد استشهد به أيضاً J. Mestre، الملاحظة المذكورة سابقاً)، انظر حول هذه المسألة Marty, Raynaud et Jestaz المذكورين سابقاً، رقم 365.

(1) النقض المدني في 19 آذار 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 137، صفحة 106.

(2) اتفاقية نشرت بالمرسوم رقم 91 ـ 242 في 28 شباط 1991، Dalloz 1991، صفحة 171.

(3) النقض المدني في 14 كانون الأول 1970، Dalloz 1972، صفحة 1، تعليق B. Bouloc. ـ النقض المدني في 19 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 374، صفحة 314؛ Dalloz 1983، صفحة 246 من التقرير، ملاحظة M. Cabrillac. كان الحامل، في هذه القضية الأخيرة، مظهَّراً له ومرتهناً.

(4) Ripert et Roblot، الجزء II، المذكور آنفاً، رقم 19791.

(5) ثمة أحكام منذ عام 1973 تقبل أن ساحب كمبيالة غير مقبولة يحتفظ بحق المطالبة بدينه على المسحوب عليه. انظر: Ripert et Roblot، المرجع عينه.

حزيران 1984 حكمت الغرفة التجارة بأن إشعار الغير المدين الموجه إلى المسحوب عليه بكمبيالات غير مقبولة قبل استحقاقها كان مفعوله خسارة مقابل وفاء المصرفي الذي سبق أن حسم هذه الكمبيالات[1]. وحكمت في 4 كانون الأول 1984[2]، في نزاع بين مقاولين من الباطن والمصرف الذي أجرى حسم كمبيالة غير مقبولة، بأن على المحاكم، للحكم لصالح المدعي بالدفع على المقاولين من الباطن، أن تحدد أن الدعوى المباشرة لهؤلاء المقاولين جرت ممارستها «قبل تاريخ استحقاق الكمبيالة، وهو تاريخ انطلاقاً منه، وفي غياب أي عناية من قبل المصرفي الذي أجرى الحسم، كان مقابل الوفاء الناجم عن السند، حتى غير المقبول، مكتسباً لهذا المصرفي». إن ذلك يعني التأكيد، عن طريق الاستدلال بالضد طبعاً، أن مقابل الوفاء قد نقل مبدئياً في يوم الاستحقاق[3].

وحكمت الغرفة التجارية ذاتها بعد ذلك في 18 آذار 1986 في حكم نقض «بأنه ينجم عن المادة 116 من قانون التجارة أن الحسم، قبل استحقاق الكمبيالة غير المقبولة، لا يجعل دين الساحب على المسحوب عليه غير القابل مستحيلاً لصالح الغير الحامل الذي لم يمنع المسحوب عليه من الدفع»[4]. والمقاصة ممكنة بالتالي حتى الاستحقاق.

يمكن أخيراً وعلى وجه خاص الاستشهاد بحكم 10 كانون الثاني 1989 الذي قضى بأن «الغير الحامل ليس له الحق إلاّ بمقابل الوفاء الذي يمكن أن يكون موجوداً بين يدي المسحوب عليه عند الاستحقاق، وأن المسحوب عليه غير القابل بإمكانه التحرر قبل استحقاق الكمبيالة بدفع دينه للساحب، حتى ولو كان المسحوب عليه قد علم بوجود السند إلاّ أن يكون الغير الحامل قد منعه من التحرر»[5].

وهذا الحكم الأخير يثبت بدون لبس أن المعرفة بالكمبيالة من قبل المسحوب عليه غير القابل لا تكفي لجعل مقابل الوفاء غير قابل للتصرف به، مما يعني القول إن الكمبيالة غير قابلة للاحتجاج بها تجاه المسحوب عليه غير القابل.

وينبغي، حسب الاجتهاد، وجود عنصر آخر لجعل الكمبيالة محتجاً بها في وجه المسحوب عليه: عناية الساحب، أي منع دفع المبلغ من الحامل إلى المسحوب عليه غير

---

(1) النشرة المدنية IV، رقم 186، صفحة 154؛ Dalloz 1985، صفحة 31 من التقرير، ملاحظة M. Cabrillac.

(2) Dalloz 1985، صفحة 181؛ النشرة المدنية، IV، رقم 329، صفحة 287.

(3) عندما تكون الكمبيالة مقبولة يتغلب المصرفي أياً كان تاريخ ممارسة الدعوى المباشرة، انظر النقض التجاري، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 17؛ تقرير محكمة النقض، صفحة 171 وصفحة 172.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 50، صفحة 43، Dalloz 1987، صفحة 291 من الموجز، ملاحظة M. Vasseur. ـ وبالمعنى عينه، النقض التجاري، 7 تشرين الأول 1987، Dalloz 1988، صفحة 51 من الموجز، ملاحظة M. Cabrillac.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 13، صفحة 7.

الخاضع مع ذلك لأي شكل خاص[1].

واعتبر الفقه والاجتهاد أن ثمة معاملة أخرى معادلة ترتكز على تخصيص خاص لمقابل الوفاء. ففي عرف Lescot والعميد Roblot[2] «يكون ثمة «تخصيص خاص لمقابل الوفاء» عندما يبدي الساحب، منذ إصدار السند، إرادته في تنسيب مبلغ الكمبيالة إلى دين محدد يملكه، في هذا اليوم، هذا المسحوب عليه». ويحلل هذان المؤلفان هذا التنسيب كتنازل حقيقي في وقته، ويستنتجان من ذلك أن «التنسيب الخاص يجمد لصالح الحامل الدين المعد، عند الاستحقاق، لخدمة مقابل الوفاء للكمبيالة»[3]. وبكلمة واحدة يخرج مقابل الوفاء، بموجب التنسيب الخاص، نهائياً من ذمة الساحب المالية مع جميع النتائج التي يفرضها ذلك.

وكان حكم 28 شباط 1962[4] قد اعترف بأن معاملة التنسيب الخاص هذه قانونية. وفي هذه القضية جرى التمسك بأن مقابل وفاء كمبيالة غير مقبولة جرى تنسيبه بشكل خاص. وقد رد قضاة الأساس هذا الادعاء. فتم تقديم طعن جرى رده، إلاّ أن محكمة النقض بينت «أن محكمة الاستئناف، برفضها في هذه الظروف قبول وجود تنسيب خاص مزعوم، وبالتالي؛ ولعدم وجود ذكر في هذا الشأن في السند، يعود إلى قضاة الأساس تقدير قيمة عناصر الإثبات المقدمة لهم ومداها، لم تفعل سوى استخدام سلطتها السيدة».

وهذا يعني بالضرورة أن التنسيب الخاص لمقابل الوفاء معاملة قانونية وفعالة ما دام أنها تقود إلى الاعتراف بأن الكمبيالة محتج بها تجاه الغير.

II ـ محاولة تركيب

392 ـ ينبغي التساؤل عما إذا كان بعض الحلول المقدمة يخضع لمنطق معين. وبعبارة أخرى، هل هناك مبادىء موجهة تتيح أن يحدد مسبقاً ما هو الدور الصحيح الذي يجب أن تقوم به المعرفة في إكمال حجية العقد؟.

إن المسألة دقيقة إلى درجة يبدو أن المشترع قد حلها حالة بعد حالة، بقطع النظر عن طبيعة الحقوق التي هي موضوع العقد. وهكذا يمكن التحقق في ما يتعلق بنقل الديون من أن المادة 1690 من القانون المدني، رغماً عن القوانين العصرية المتحررة من الشكلية، تبقى كما هي.

ويبدو في مقاربة أولى أن القانون الوضعي يسعى بثبات إلى توازن معدّ للتوفيق بين

---

(1) Ch. Gavalda et J. Stoufflet, Droits du crédit، المذكور سابقاً، رقم 88، صفحة 124.

(2) Les effets de commerce، الجزء I، 1953، رقم 411.

(3) المرجع عينه، رقم 412.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 134، صفحة 108.

المصالح المشروعة المتنازعة بالضرورة. فليستْ المعرفة إذاً سوى وسيلة، بين غيرها، لحل هذه المنازعات. وهي تصلح، إضافة إلى ذلك، لتقويم درجة حسن نية الغير أو سوء نيته، مما هو دقيق بصورة خاصة ما أن يتعلق الأمر باعتباره مسؤولاً[1].

ولكن هل يمكن الذهاب أبعد من ذلك؟ وبصورة أدق هل يمكن الأخذ بأن المعرفة، من حيث المبدأ، شرط لحجية العقد ضد الغير أم يجب، على العكس، الأخذ بأن المبدأ يكمن في القولين المأثورين الأسبق زماناً هو المفضل في القانون، ولا يستطيع أحد أن يعطي أكثر مما يملك؟.

إن دور المعرفة في الحقيقة لا يمكن أن يفهم إلاّ بالنسبة إلى المفاعيل التي ينشئها العقد تجاه الغير.

وبالتالي يبدو من الممكن التفريق بين ثلاثة أوضاع: إمّا أن لا يتعدل الوضع بمقتضى العقد بالنسبة إلى وضعه السابق، وإمّا أن يصيبه مجرد تحريف، وإمّا أن يتفاقم.

393 ـ المعرفة مبدأ لا طائل تحته عندما لا يتغير وضع الغير.

إن دراسة أنماط نقل الموجبات هي التي، تناقضيا، تتيح استخلاص المبدأ.

ففي حالة التفرغ Dailly يقع عبء تحصيل الدين عادة على المتفرغ الذي يتصرف حينذاك بصفات وكيل التفرغ السابقة[2]. من المهم إذاً أن يتم إعلام المدين بالتفرغ إذ إن عليه دائماً أن يتبرأ بين يدي المتفرغ.

ويمكن الأخذ، كإثبات مضاد، بأن المتنازل له، عندما يتصرف مباشرة وبشكل مفيد، ضد المحال عليه، عليه إخطاره بتظهير الدفع بين يدي موقع الجدول (المادة 5 من قانون 2 كانون الثاني 1981). فالقانون ينص على أن الإخطار يجب أن يتضمن إلزامياً البيانات المبنية بمرسوم[3]. ويمكن التقدير تجاه هذا التطلب الشكلي إن مجرد معرفة المدين المحال عليه كافٍ، حتى ولو كان الإخطار يمكن القيام به بالوسائل جميعاً[4]. والشكلية لا بد منها لأن وضع المدين قد تفاقم؛ وبالفعل لن يتحرر، اعتباراً من الإبلاغ، بشكل صحيح إلاّ لدى مؤسسة الائتمان (المادة 5).

ومعرفة المدين غير مفيدة على وجه العموم في حال نقل الدين إلى صندوق الديون المشترك (تسنيد الديون)، لأنه، استناداً إلى المادة 36، الفقرة 1، من قانون 23 كانون الأول 1988، «يستمر تحصيل الديون المتفرغ عنها في أن يكون مؤمناً من قبل المؤسسة المتفرغة،

(1) انظر بصورة خاصة ملاحظات Demogue، المرجع عينه، الرقم 372 السابق.

(2) انظر: Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 24287 «بإمكان المدين المحال عليه الذي غالباً ما يجهل الحوالة أن يدفع للمحيل وعليه القيام بذلك، وهذا الدفع يحرره».

(3) حالياً المرسوم رقم 81 ـ 862، 9 أيلول 1981.

(4) المادة 2 من مرسوم 9 أيلول 1981.

ضمن شروط محددة في اتفاقية معقودة مع شركة إدارة صندوق الديون المشترك». فالتفرغ إذاً لم يعدل وضع المدين. لا شك في أن القانون ينص على إعلام المدين بموجب كتاب، بيد أن هذا الإعلام ليس شرطاً للحجية المحددة بالتاريخ المسجل في الجدول. والبيّنة المضادة منصوص عليها في المادة 36، الفقرة 2، من القانون. وبمقتضى أحكام هذا النص قبول المدين مفروض عندما يناط تحصيل الديون بشخص غير المؤسسة المتفرغة، وفي هذه الحالة يجب أن يتم القبول خطياً في آونة نقل هذا التحصيل. وتظهر معرفة المدين المحال عليه، هنا أيضاً، غير كافية بالنسبة إلى الشكلية. والسبب هو أن وضع المدين قد تفاقم طالما أن عليه التحرر لدى أيدٍ أخرى غير يدي الدائن الأولي.

ومعرفة الغير ليست مفروضة أيضاً عند نشوء الحق. وهذا هو، على وجه الخصوص، حالة تفويض الدين والاشتراط لمصلحة الغير. فوضع الغير، في الواقع، لم يتعدل، إذ عليه مراعاة العقد، بيد أن هذا العقد لا يفرض عليه موجب الفعل ولا موجب عدم الفعل. غير أنه إذا كان العقد يسبب له ضرراً فبإمكانه فسخه عن طريق الدعوى البوليانية (أو البولصية)[1].

ولدعم الرأي المدافع عنه يمكن بيان أن محكمة النقض حكمت بأن قيد الرهونات العقارية في الهامش المنصوص عليه في المادة 2149 من القانون المدني، للحلول الاتفاقي في الدين العقاري، لا يعاقب باللاّحجية تجاه الغير. ولتسويغ هذا الحل أخذت محكمة النقض بأن الحلول المتضمن تعديلاً في شخص حائز التسجيل لا يفاقم وضع المدين[2] وذلك يعني القول إن إعلام الغير، في الواقع، عن طريق تقنية العلنية، لا طائل تحته ذلك بأن الحلول لا يؤدي إلى أي تعديل في وضع الغير.

394 ـ معرفة الغير شرط ضروري وكافٍ للحجية عندما يحرمه العقد من إمكانية، بفرض موجب عدم الفعل على وجه العموم.

بينت دراسة اشتراك الغير أن المعرفة شرط لمسؤولية الغير الشريك[3]. والأمر كذلك لأن العقد يتداخل مع كرة حرية الغير. والقانون يجيز أن يحرم العقد من لم يكونوا فرقاء فيه

---

(1) انظر الرقم 455 اللاحق وما يليه.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 269، صفحة 152. ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تموز 1987، النشرة المدنية III، رقم 145، صفحة 85، فهرس Defrénois، 1987، البند 34120، رقم 111، تعليق L. Aynès؛ مجلة القانون العقاري، 1988، صفحة 331، ملاحظة Ph. Simler ـ الغرفة المدنية الثالثة، 20 كانون الأول 1989، النشرة المدنية III، رقم 246، صفحة 134؛ فهرس Defrénois، 1990، البند 34261، رقم 25، صفحة 447، ملاحظة L. Aynès. كان الأمر يتعلق في هذه القضية بحلول قانوني. وقام هذا الحكم بتحول في الاجتهاد، انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 2 شباط 1982، Dalloz 1982، صفحة 306؛ تعليق Franck؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 623، ملاحظة Giverdon.

(3) انظر الرقم 386 السابق.

من الحرية، وإنما ينبغي أيضاً أن يكونوا على علم بالعقد ذلك بأن القاعدة الأولى تبقى قاعدة الحرية العقدية.

ويمكن أن يقود موجب الامتناع، في بعض الحالات، إلى موجب إيجابي، أي عندما يتعاقد الغير وهو جاهل وإنما يعلم لاحقاً بالعقد السابق. وهكذا على المستخدِم فسخ عقد العمل عندما يعلم أن مستخدمه كان مرتبطاً ببند عدم المنافسة مع مستخدمه القديم.

395 ـ معرفة الغير ليست كافية على وجه العموم عندما يفاقم العقد وضعه.

جرت الملاحظة أن معرفة المدين المحال عليه الشخصية، في مادة حوالة الحق، غير كافية لجعل الحوالة محتجاً بها تجاهه عندما يكون على المدين أن يدفع بين يدي المتنازل له[1] وإنجاز معاملة إضافية مفروض عادة (إبلاغ الحوالة أو الإعلام بها، عدم الدفع أو قبول المدين). ويمكن التقدير أن ذلك لأن العقد يفرض عادة على الغير ـ المدين المحال عليه ـ أن يدفع للدائن الذي لم يكن من تعاقد معه[2]، وبتعبير آخر تفرض الحوالة عليه موجباً إيجابياً؛ إنها تفاقم وضعه[3].

والنقل عن طريق الحلول يشكل استثناء للقاعدة. على أن مدى الاستثناء لم يكن واسعاً عندما فرض الاجتهاد المعرفة كشرط لحجية الحلول. وبيّن السيد Mestre، إضافة إلى ذلك، أن الفارق التقليدي في الوقائع بين الحلول وحوالة الحق يتقلص[4]. ويقدر المؤلف أن هذا الحل كان مرضياً ومتعارضاً مع تدخل تشريعي أمِل به بعضهم لإخضاع الحلول للعلنية. وفي الواقع كان نوع من التوازن قد تحقق بين مصالح الحالّ والمدين. إلا أن محكمة النقض، بالتخلي عن تطلب المعرفة كشرط للحجية، جعلت هذا التوازن الهش مفقوداً على حساب المدين. لقد سعت ولا ريب إلى تعزيز حماية الحالّ، أي المكلف تحصيل الديون بشكل ملموس، ولكنها ضحت تماماً بمصالح المدين الذي أصبح يخشى دفع الدين نفسه مرتين. ونأمل إذاً أن يتخلى الاجتهاد عن هذا المذهب الذي يخشى أن تكون نتائجه غير منصفة إلى حد كبير جداً.

كما ينبغي قبول استثناء ثانٍ للمبدإ في ما يتعلق بالتفرغ Dailly. وبالفعل جرى نقاش في ما يختص بحجية الدفع بالمقاصة التي حصلت لاحقاً للتفرغ وإنما قبل إبلاغ المدين. وبالفعل إن رفض إعطاء المدين الحق في الاحتجاج على الدفع بالمقاصة يعني مفاقمة وضعه في حين

(1) على وجه العموم لأن عدم إنجاز بعض المعاملات، المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني، في عرف بعض الأحكام، لا يمنع المتنازل له التصرف بأن يدفع ضد المحال عليه، انظر الرقم 390 السابق والتعليق الوارد فيه.

(2) قارن بـ Terré, Simler et Lequette, Les obligations، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، وهم يسوّغون المعاملات الواردة في المادة 1690 من القانون المدني بمبدإ المفعول النسبي للعقود.

(3) قارن بتحليل السيدين Malaurie et Aynès، رقم 225، صفحة 710 ومايليها، وفي عرفهما أن معاملات المادة 1690 من القانون المدني هي إلزامية ما دام أن للمدين المحال عليه مصلحة في أن يبقى المحيل دائنه.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 433، صفحة 495.

أنه بقي جاهلاً التفرغ، والحال إننا، تجاه القاعدة التي تم إبرازها، ننقاد على الأقل إلى فرض معرفة المدين لحرمانه من هذا الحق.

وقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 18 تموز 1989، بأن المحال عليه بإمكانه الاحتجاج في وجه المتنازل له بالدفع بالمقاصة طالما أن التفرغ لم يبلغ نظامياً وأن شروط المقاصة قد تحققت قبل التفرغ[1] ولا يبدو من الممكن تفسير هذا الحكم بالاستدلال بالضد لكي يستنتج من ذلك أن الإبلاغ النظامي للتفرغ وحده له مفعول جعل الدفع بالمقاصة غير قابل للاحتجاج به في وجه المتنازل له[2]. ولحل هذه الصعوبة من المناسب السعي إلى التعليل انطلاقاً من القانون العام لحوالة الحق بالتمسك بالمادة 1295، الفقرة 2، من القانون المدني[3]. وتنص هذه المادة على أن: «التفرغ الذي لم يقبله المدين وإنما تم إبلاغه إياه لا يمنع إلاّ مقاصة الديون اللاحقة لهذا الإبلاغ». ويمكن الاعتقاد عند ذلك أن الإبلاغ الوارد في المادة 5 يحقق شكل إبلاغ معادل للإبلاغ الوارد في المادة 1295، الفقرة 2، من القانون المدني وقبول كون الإبلاغ يشكل عقبة أمام مقاصة الديون اللاحقة لهذا الإبلاغ. وفي شأن الديون السابقة يكون الدفع بالمقاصة محتجاً به تجاه المتنازل له، حتى ولو لم تجتمع شروط المقاصة إلاّ بعد الإبلاغ، فما هو أساسي أن يكون الحق في الدين موجوداً قبل إبلاغ التفرغ Dailly[4]. غير أن هذه الطريقة في الاستدلال لا تبدو مقبولة لأن مفعولها لن يكون جعل إبلاغ المدين شرطاً لحجية التفرغ. والحال ان فارق التفرغ عن الدين في القانون المدني، التفرغ Dailly، يأخذ مفعوله بين الفريقين ويغدو محتجاً به تجاه الغير في التاريخ المسجل في الجدول» (المادة 4)، بحيث أن التفرغ Dailly، على سبيل استعادة تعبير السيد Vasseur، «منفصل بالنسبة إلى القانون المدني»[5]. ينبغي إذاً تغليب المادة 4 من القانون وتقدير أن الدفع بالمقاصة لا يحتج به تجاه المتنازل له Dailly منذ يوم التاريخ المسجل في الجدول[6]؛ وهكذا هناك استثناء حقيقي للمبدإ.

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 152؛ Dalloz 1990، صفحة 215 من الموجز، ملاحظة A. Honorat.

(2) بهذا المعنى، A. Honorat، الملاحظات المذكورة سابقاً.

(3) بهذا المعنى، Ripert et Roblot، الجزء 2، رقم 24288.

(4) النقض التجاري، أول كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 189 (القانون العام لحوالة الحق).

(5) تطبيق قانون Dailly، Dalloz 1982، العرض XL، صفحة 272 وما يليها، رقم 11؛ ملاحظة على حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة A 16، 13 أيار 1986 وحكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الثالثة، 25 تشرين الثاني 1986، D. 1987، صفحة 144 من الموجز.

(6) بهذا المعنى محكمة استئناف باريس، الغرفة A 16، 13 أيار 1986، Dalloz 1987، صفحة 143 من الموجز، ملاحظة M. Vasseur ـ محكمة استئناف باريس، الغرفة الثالثة A، 28 حزيران 1988، Dalloz 1989، الموجز، ملاحظة M. Vasseur. وعلى نقيض ذلك، محكمة استئناف باريس، الغرفة B 26، 28 أيلول 1990، Dalloz 1990، صفحة 232 من التقرير.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض لم تسر في هذه الطريق في حكمها بتاريخ 15 حزيران 1993[1]. كانت إحدى الشركات قد تفرغت لأحد المصارف عن دين بثمن نقل كانت تحتجزه على شركة أخرى. وأبلغ المصرف، وتمسك المحال عليه في دفاعه في دعوى المصرف بالدفع بالتأخير في تنفيذ النقل وبالمقاصة الناتجة عن الدين الناشىء عن عدم التنفيذ. وردت محكمة الاستئناف هذا الادعاء بحجة أن المدين «ليس بإمكانه الاحتجاج في وجه المصرف الوطني لباريس بدفع المقاصة طالما أن الدين المثار من قبله ضد شركة LCE (المتفرغة) نشأ بعد إبلاغ التنازل وفي تاريخه كان الدين قد خرج من الذمة المالية لشركة LCE ودخل في الذمة المالية للمصرف». وأخذت الغرفة التجارية، استناداً إلى المادة 6 من قانون 2 كانون الثاني 1981، «بأن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن إبلاغ حوالة الحق، ما دام إن هذا التفرغ لم يتم قبوله، لا تضع عقبة أمام ممارسته اللاحقة للدفوع المبنية على علاقاته الشخصية مع المتفرغ، وبصورة خاصة على المقاصة بين الديون الملحقة التي سيكون بالتبادل حائزها، انتهكت» المادة 6.

وكما بيّن السيد Larroumet، «لا نرى، بداهة، ما شأن القانون Dailly في ما يتعلق بحجية الدفوع، ويبدو من الطبيعي أكثر تأسيس الحل على المادة 4 المتعلقة بحجية التفرغ تجاه الغير، وعلى وجه الخصوص تجاه المدين المحال عليه». إن المادة 6 لا تتعلق بقبول المحال عليه ومفاعيله. ويبدو إذاً أن دين المدين المحال عليه، في الحكم المعني، ضد المتفرغ، كان قد نشأ بعد التفرغ، يضاف إلى ذلك أن محكمة الاستئناف قصدت إبلاغ التفرغ. ويمكن عندئذٍ الإستنتاج من ذلك أن التاريخ الذي يجب أن يقام له وزن لتحديد حجية الدفع بالمقاصة ليس التاريخ الوارد في الجدول وإنما تاريخ القبول غير الملزم مع ذلك على الإطلاق بالنسبة إلى المدين المحال عليه. غير أن تحليلاً مناقضاً مباشرة لحرفية النص ومفهوم «الارتباط» لا يمكن أن يسوّغ ذلك لأن الدين المتمسك به لتسويغ المقاصة نشأ بعد سريان التفرغ سواء في العلاقات بين الفريقين أو تجاه الغير (المادة 4). بيد أن الحل، تجاه المبدإ الذي تكون معرفة الغير بالاستناد إليه غير كافية على وجه العموم عندما يفاقم العقد وضع المدين، صحيح مع أن الإبلاغ يمكن أن يعتبر معاملة كافية (انظر المادة 1295، الفقرة 2، من القانون المدني على سبيل المماثلة)، وربما يفسر ذلك الاستناد إلى المادة 6. على أن محكمة النقض، وفقاً لما سبق بيانه[2]، يبدو أنها لطفت قساوة التفسير الحرفي للقانون Dailly. وأكدت، إضافة إلى ذلك، تحليلها في 9 تشرين الثاني 1993، إذ حكمت «بأن

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 242، صفحة 172؛ Dalloz 1993، صفحة 495، ملاحظة C. Larroumet، انظر بهذا المعنى الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 شباط 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 51، صفحة 33 Dalloz. الأخذ بأنه من غير المهم «أن يكون عدم تنفيذ العقد الذي بني عليه الدين المنازع فيه قد ظهر لاحقاً لإبلاغ الحوالة».

(2) الطبعة الأولى، رقم 622، صفحة 616.

المدين، في حال حوالة الحق، وفي الشكل الوارد في قانون 2 كانون الثاني 1981، غير المقبولة منه، بإمكانه التمسك ضد المصرف المتفرغ له بالدفع بعدم تنفيذ المتفرغ موجباته، حتى ولو ظهر لاحقاً لإبلاغ التفرغ»[1]. وبينت الغرفة ذاتها، في حكم بتاريخ 8 شباط 1994، أن الديون كانت في هذه الحالة ملحقة[2].

يبدو إذاً في النهاية أن مبدأ الترابط، المفهوم بشكل واسع على وجه الخصوص، يتيح الابتعاد عن حرفية القانون. وبالمقابل، وفي غياب الترابط، ينبغي أن يكون التاريخ الواجب الأخذ به التاريخ الوارد في الجدول. بيد أن ذلك لم يكن الحل الذي اعتمدته الغرفة التجارية. ففي 14 كانون الأول 1993 ردت طعناً ببيان «أنه لا ينتج عن الحكم ولا عن طلبات SGFA أن هذه الأخيرة تمسكت بأن الديون التي أثارت المقاصة المتعلقة بها كانت مترابطة مع الديون المنازع فيها، وإلا، فإن الديون كانت قبل إبلاغ التفرغ قد أصبحت أكيدة وقابلة للتحديد ومستحقة، على اعتبار أن هذه الشروط الأخيرة ضرورية لكي تكون هناك مقاصة قانونية[3]. فالتاريخ الواجب الأخذ به إذاً لتحديد حجية الدفع بالمقاصة هو، في غياب الترابط، إبلاغ المدين المحال عليه، مما يعني فرض المعرفة الشخصية لهذا المدين. فمحكمة النقض إذاً لطفت إلى حد كبير القساوة الناتجة عن تفسير حرفي للقانون Dailly بالتوفيق بين نظام هذا التفرغ ونظام التفرغ في القانون العام.

ويمكن في أي حال، بيان أن الحرمان من حق الاحتجاج بالدفع المرتكز على العلاقات الشخصية بالمتفرغ لا ينجم إلاّ عن قبول. وتنص المادة 6 من القانون على أنه «بناءً على طلب المستفيد من الجدول بإمكان المدين الالتزام بأن يدفع له مباشرة»[4]. والشكلية لا بد منها هنا أيضاً، إذ يبين القانون: «أن هذا التعهد يثبت، تحت طائلة البطلان، بمستند خطي يسمى: «عمل قبول التفرغ عن دين مهني»[5]. ووضع المدين المحال عليه هو بفعل ذلك مفاقم على وجه الخصوص. وبالفعل يماثل القانون بلا قيد أو شرط المدين المحال عليه بمدين صِرافي بالأخذ في هذه الحالة «بأن المدين لا يمكنه أن يحتج تجاه مؤسسة الائتمان بالدفوع المبنية على علاقاته الشخصية بموقع الجدول، إلا أن تكون مؤسسة الائتمان، باكتساب الدين أو بتلقيه، لم تتصرف قصداً للإضرار بالغير»[6]، وهذه المفاعيل تفسر رفض

---

(1) النقض التجاري، 9 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية IV، رقم 385، صفحة 280.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 35، صفحة 42.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 469، صفحة 342؛ Dalloz 1994، صفحة 269، ملاحظة C. Larroumet.

(4) يمكن أن يقترن القبول بتحفظات أو يكون شرطياً، انظر النقض المدني في 2 حزيران 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 215، صفحة 151. ومن الصحيح أن التفرغ Dailly ليس سنداً تجارياً.

(5) أن المستند الخطي الذي لا يستعيد الصيغة الجوهرية للمادة 6 لا يمكن أن يؤدي إلى تطبيق مبدإ لاحجية الدفوع، محكمة استئناف فرساي، الغرفة 12، 28 كانون الثاني 1987، Dalloz 1988، صفحة 280، ملاحظة M. Vasseur قارن صياغة المادة 6 بصياغة المادة 121 من القانون المدني.

(6) انظر بالنسبة إلى تطبيق صلب النقض التجاري في 3 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 370، =

الغرفة التجارية في محكمة النقض الأخذ بقبول معبّر عنه ضمنياً. وهكذا لا يتيح إقدام المدين على أن يبين للمصرف متأخراً أنه يعارض الفاتورة استنتاج التعهد بالدفع[1].

= صفحة 256، إلاّ أن الحكم يدعو إلى الفهم أن القبول الخاضع لبعض الشروط هو قانوني.

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 243، صفحة 173.

القسم 2

العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً

396 ـ حجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً[1] تخضع للمنطق عينه لحجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً شخصياً، إن الأمر يتعلق دائماً بتأمين الفعالية التامة لاتفاق الإرادة المنظور إليه من وجهة نظر المتعاقدين تجاه الغير.

وسنعرض على التوالي الشروط العامة للحجية، ثم مفاعيل الحجية تجاه الخلفاء بصفة خاصة بسبب خاصيتها.

الفقرة 1 ـ الشروط العامة للحجية

397 ـ شروط حجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً لا يمكن تفحصها تجريدياً، بالاستقلال عن طبيعة الشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموعود به. وهذا ما يفسر تنوع مبادىء الحل التي يعتمدها القانون الوضعي الذي يفرض التفريق حسبما يكون موضوع العقد حقاً عينياً عقارياً، أو حقاً عينياً مادياً أو كذلك ملكية غير مادية.

I ـ الحقوق العينية العقارية

398 ـ من المهم في أول الأمر وصف مبدإ حجية العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً. وهكذا سنرى أن الحجية لا تصطدم بأحكام المادة 1165 من القانون المدني، مما يعني أن الغير لا يمكنه التذرع بهذه الأحكام بصورة مفيدة.

وعليه يصبح من الممكن التطرق إلى مسألة دور العلنية كشرط للحجية.

---

(1) انظر: Weill، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 173 وما يليه، صفحة 306 وما يليها. ـ M. Billiau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco - belges، منشورات L.G.D.J.، 1992، صفحة 183 وما يليها.

أ ـ مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً عقارياً:

399 ـ سنفرق بين العقود التي تحقق نقل الملكية والعقود المتعلقة بالحقوق العينية الأخرى.

١) العقود التي يكون موضوعها نقل الملكية.

400 ـ مبدأ حجية العقود التي يكون موضوعها نقل الملكية العقارية تجاه الجميع.

تبين دراسة الاسترداد العقاري أن العقد ناقل الملكية هو بالطبع محتج به تجاه الغير[1].

ينبغي أولاً التذكير بأنه ليس في القانون الفرنسي إثبات كامل لحق الملكية. فالعلنية العقارية التي ينظمها مرسوم 4 كانون الثاني 1955، على غرار التسجيل المنظم في قانون 23 آذار 1855، لا ينشىء قرينة لا تدحض على الملكية ولا حتى قرينة عادية[2]. فأمين السجل العقاري (أو الشهر العقاري) لا يراقب حقيقة الحق وإنما فقط شكل العقد الذي يسجله.

والمسألة التي طرحت كانت مسألة معرفة ما إذا كان المطالب، في نزاع الملكية، بإمكانه التمسك بعقد قانوني لم يكن فيه المدعى عليه (الحائز على وجه العموم) فريقاً فيه. أفلا تشكل المادة 1165 من القانون المدني عقبة أمام قبول هذا النمط من البيّنة على الملكية؟.

إن الجواب السلبي هو الذي فرض نفسه. فمنذ القرن التاسع عشر قبلت محكمة النقض أن السند كان يمكن أن يتذرع به المطالب.

ورأت في حكم صدر في 22 حزيران 1864[3] أن «العقود التي تصلح كسند إثبات هي التي تبرم بين مكتسب الملكية والبائع؛ وحق الملكية سيبقى على الدوام مهزوزاً إذا لم تكن للعقود المعدة لإثباته قيمة إلاّ تجاه الأشخاص الذين هم فرقاء فيه».

وحكمت غرفة العرائض بصورة أوضح أيضاً، في 15 تشرين الثاني 1897، «بأن إثبات حق ملكية المدعي، في مادة استرداد الملكية العقارية، يمكن إثباته، حتى عن طريق سندات لم يكن المدعى عليه فريقاً فيها، هو نفسه أو مورثوه»[4].

ثم تعدلت الصيغة، في اتجاه التحديد الدقيق. وهكذا يمكن أن نقرأ في حكم 9 كانون

---

(1) انظر: J. Duclos الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 40 وما يليه، صفحة 61 وما يليها.

(2) انظر الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 نيسان 1981، النشرة الحدنية، III، رقم 80؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 168، رقم 4، ملاحظة Cl. Giverdon. انظر التحفظ في الرقم 451 اللاحق.

(3) Dalloz الدوري 64، 1، 412؛ S. 64، 1، 349.

(4) غرفة العرائض في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1897، Dalloz الدوري 98، 1، 38؛ يوميات الكتابة العدل، 1898، البند 26477، صفحة 152 وما يليها.

الثاني 1901[1]، الصادر استناداً إلى المواد 411 و 1165 و 1328 من القانون المدني، سبب التسويغ التالي: «من حيث أن من يطالب بحق الملكية يثبت حقه تجاه المعارضين جميعاً بتقديم السند الذي انتقل إليه، بدون أن يكون هناك ما يدعو، في هذا الشأن، إلى تطبيق القاعدة الواردة في المادة 1165 من القانون المدني التي بمقتضاها ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين المتعاقدين». إن السند المشار إليه يمكن أن يكون عملاً ذا توقيع خاص[2]. ويمكن أن يتعلق الأمر بعقد ناقل أو إعلاني وحسب[3].

ولم يعارض أحد في هذا الحل. وهكذا كان على الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في حكمها الصادر في 5 أيار 1982[4]، أن تذكّر محكمة استئناف بأن من يتمسك بكونه مالك عقار بإمكانه الاستناد، بصفة قرينة تجاه الغير، إلى سندات ناقلة للملكية أو معلنة هذه الملكية. وعليه انتهك المادة 1165 من القانون المدني الحكم الذي رفض طلب المطالب بحجة أن سنداته ليست قابلة للاحتجاج بها ضد المدعى عليهم الذين لم يشتركوا هم أنفسهم أو مورثهم في هذه العقود.

401 ـ تسويغ «نزع اليد» الوارد في المادة 1165 من القانون المدني.

رغماً عن أن الاجتهاد يستند بصورة خاصة إلى المادة 711 من القانون المدني[5]، فإن الفقه الإجماعي يفسر هذا الحل بالأخذ بأن «السند لا يُنظر إليه كاتفاقية، غير محتج بها تجاه الغير بهذه الصفة، وإنما كواقعة تثار بصفة قرينة ويمكن، بهذه الصفة، استخدامها من قبل القاضي وبدون تدخل المادة 1165 من القانون المدني»[6].

ولكن أليس ثمة تناقض ما في هذا النموذج من الاستدلال يقود إلى الأخذ بأن المطالب، بالتمسك بسنده، «لا يطمح إلى جعل العقد ينتج مفعوله، وهو يكتفي بالاحتجاج في وجه خصمه بوجود عمل قانوني قائم سابقاً[7]»؟. لأنه ماذا هناك غير جعل العقد ينتج

(1) النقض المدني، 9 كانون الثاني 1901، يوميات الكتابة العدل، 1902، البند 22500، صفحة 18. استعيد سبب التسويغ المبدئي كلمة كلمة من قبل محكمة استئناف Douai، 15 كانون الأول 1909، يوميات الكتابة العدل، 1910، البند 29933، صفحة 682.

(2) النقض المدني، 27 كانون الأول 1865، Dalloz الدوري 66، 1، 5 ـ النقض المدني، 8 تموز 1874، Dalloz الدوري 74، 1، 336.

(3) A. Weill, Fr. Terré et Ph. Simler, Droit civil, les biens الطبعة الثالثة، 1985، رقم 521.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 82، Dalloz 1983، صفحة 17 من التقرير، ملاحظة A. Robert.

(5) «تكتسب ملكية الأموال وتنتقل عن طريق الخلافة، بالهبة بين الأحياء أو الهبة الإيصائية، ومفعول الموجبات».

(6) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français الجزء III، الأموال، تأليف M. Picard، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1952، رقم 362، صفحة 359. ـ انظر كذلك A. Weill, Fr. Terré et Ph. Simler المذكورين سابقاً، رقم 521. ـ B. Bouloc، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الاسترداد، 1976، رقم 49 ـ J. Duclos الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 41، صفحة 63 وصفحة 64.

(7) B. Bouloc، المرجع عينه.

مفعوله لمنع الغير من التنكر لفحواه بأن يفرض عليه مراعاته بالبيّنة على وجوده وحدها؟

ليس العقد قابلاً للاحتجاج به تجاه الغير كواقعة، وإنما كعمل قانوني أنتج مفاعيل قانونية. وهذه المفاعيل القانونية هي التي لا يستطيع الغير التنكر لها. ويأخذ أحد المؤلفين الذي درس العلنية العقارية بصواب بأن «الحجية تجاه الغير بحق أو بعمل قانوني، تتوقف على فعاليته التامة»[1].

ويمكن بيان أن الأمر لا يتعلق بامتداد قوة العقد الملزمة إلى الغير. فالعقد، بتحويله الحق العيني، استنفد مفاعيله فوراً[2]؛ ولا يمكن أن تكون ثمة مسألة قوة العقد الملزمة، وبالأحرى امتداد هذه القوة. وقد لوحظ، إضافة إلى ذلك، أن مدة فعالية العقد ينبغي عدم خلطها مع مدة فعالية الحق العيني الذي ينشئه العقد[3]. وبعبارة أخرى حق الملكية أبدي، غير أن ذلك لا يعني أن العقد الذي ينقله هو نفسه علامة نزعة أبدية كهذه.

وإدخال تمييز بين العقد المعتبر عملاً قانونياً أو مجرد واقعة هو حشوي، إذ لا يضيف شيئاً، حتى أنه يبدو تاريخياً من المسموح به اكتشاف التفريق بين المفعول الملزم والحجية تجاه الغير[4]. ويبدو من الأصح القول إن العقد المعتبر في حد ذاته، بالمعنى التقني للتعبير توافق الإرادة المعدّ لإنتاج مفاعيل قانونية، هو الذي يحتج به تجاه الجميع.

ثمة شيء آخر هو تقدير قيمة هذا التوافق في النقاش القانوني وكذلك الشروط الاحتمالية لحجيته. وهكذا حكمت محكمة النقض، في حكم مبدئي في 12 تشرين الثاني 1907[5]، لم يتم تكذيبه على الإطلاق، بأن التفضيل، في صدد الاسترداد العقاري عندما يقدم المدعي والمدعى عليه سندات صادرة عن مورثين مختلفين، ينبغي أن لا يعطى بالضرورة الصفة الأقدم؛ وعلى المحاكم أن تقضي وفقاً للظروف ولمستندات القضية. بيد أن هذه القاعدة لا تعني أن قضاة الأساس ليس بإمكانهم إعطاء الأفضلية للسند الأقدم إذا بدا لهم مفضلاً حسب ظروف القضية[6]. فهم يملكون في هذا الشأن سلطة تقدير سيدة. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أضافت في حكم صادر في عام 1907، أن المدعى عليه الذي يقدم سنداً غير ملزم بإثبات أنه اكتسب بالتقادم (مرور الزمن) ملكية العقار المتنازع فيه لكي ترد

---

(1) A. Fournier، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v العلنية العقارية، 1988، رقم 1. اختيار المهم.

(2) تحفظ في شأن موجبات الضمانات على عاتق البائع، ضمان العيوب الخفية وضمان ضد نزع اليد.

(3) I. Petel, Les durées d'efficacité du contrat، أطروحة في مونبيلييه، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1984، رقم 10، صفحة 7 وصفحة 8.

(4) انظر: A. Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit privé، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 1939، مقدمة M. Nast، رقم 99 وما يليه، صفحة 172 وما يليها.

(5) النقض المدني في 12 تشرين الثاني 1907، Dalloz 1908، 1، 313، تعليق G. Ripert؛ يوميات الكتابة العدل، 1908، البند 29215، صفحة 167 وما يليها؛ Sirey 1901، 1، 388.

(6) Planiol et Ripert، تأليف M. Picard، المذكورين سابقاً، رقم 359، صفحة 355.

دعوى الاسترداد[1]، مما يعني أن بإمكان المدعى عليه، بمجرد تسويغ السند، دفع دعوى الاسترداد.

وهكذا نرى أن المسألة هنا ليست مسألة حجية السند وإنما مسألة تقدير مناسبة صلته بين الحجة والموضوع (أو قيمته)[2]، مما يفسر بسهولة أن القول المأثور الأول في الزمان هو المفضل في الحق يجب استبعاده. فالمسألة لم تعد العمل القانوني المفهوم كتوافق الإرادتين بشكل مجرد وإنما حقيقة الحق الجوهري الذي يفترض أن يكون العمل القانوني قد نقله. ولا يستبعد السند لأنه غير محتج به كسند، وإنما لأنه لم يؤثر أبداً في الفعالية بين الفرقاء فننتقل رويداً رويداً من حجية العمل القانوني إلى الحق الذاتي الذي يشرط حجية الاتفاق[3].

402 ـ تؤكد محكمة النقض، بالمقابل، سمو السند المشترك بين الخلفاء على السند الخاص في النزاع الذي يواجهونه تجاه الحقوق العينية المختلفة.

هذا الوضع الأخير أقل تواتراً. فالنزاع يواجه أيضاً خلفين للمورث ذاته. بيد أن الحقوق العينية المنقولة هذه المرة تتناول عقارين مختلفين، أو إذا كانت تتناول العقار عينه يكون الأمر متعلقاً بحقوق عينية مختلفة لا متنافسة.

ويتيح بعض أحكام محكمة النقض إشهار هذا الوضع وبيان كيف يتم حل النزاع في القانون الوضعي.

ففي حكم صدر في 4 تشرين الأول 1972 عن الغرفة المدنية الثالثة[4]، بيع الملك نفسه في عام 1949 لمكتسبي ملكية «ملكين متلاصقين منفصلين عن ملك واحد». «فقام نزاع بين مكتسبي الملكية حول تحديد ملكيهما وملكية قطعة تزيد عن خمسة هكتارات». فحكم قضاة الاستئناف لصالح أحد الفريقين، استناداً إلى حواجز معدنية تحدد ملكيته وملاحظة أن هذا الشخص «سجل قبل غيره السند الذي انتقل إليه من المورث نفسه وهو بالتالي مالك كامل الأراضي التي كانت في حوزة بائعه داخل السياجات المعدنية».

وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم لانتهاك المواد 1134 و 1341 و 1353 من القانون المدني والمادة 3 من قانون 23 آذار 1855 حول التسجيل المطبق في زمن هذه الوقائع. وأكدت من أجل ذلك «أن على القضاة، في سبيل حل الاستردادات العقارية، تطبيق سندات الفريقين عندما يحوزانها من مورثهما المشترك» و «إن أسبقية التسجيل، من جهة

---

(1) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، 22 تشرين الثاني 1933، مجلة قصر العدل، 1934، 1، 140.

(2) انظر: J. Duclos، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 6، صفحة 28، وصفحة 29 الذي يبين أن الحجية لا تستوجب أي تقدير لمناسبة البرهان المتذرع به للموضوع؛ انظر أيضاً الرقم 31، الصفحة 55، «البيّنة مرادفة لمناسبة الصلة بالموضوع، ومراعاة الغير للحجية».

(3) A. Weill, Le principe de la relativité des conventions en droit privé، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 1939، مقدمة M. Nast، رقم 176، صفحة 312 في آخرها وصفحة 313 في أولها.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 495، صفحة 362.

أخرى، لا تسوي النزاع إلاّ أن يكون هذان الفريقان قد اكتسبا، من المورث نفسه، حقوقاً تنافسية على العقار عينه».

وفي حكم صدر في 4 شباط 1975 عن الغرفة ذاتها[1] في قضية كان فيها المالك ذاته قد أعطى مقدماً على التركة كلاً من ولديه Jean Antoine و Jacques Blaise قطع أراض مختلفة تعود إليه بعقد كتابة عدل في 3 حزيران 1834 و 3 حزيران 1846. «وهذه العقود تعطي كلا من الموهوب لهما حقوقاً.. على الممر الضيق المستعمل بالاشتراك منذ ذلك الوقت، وهو يفصل قطع الأرض المخصصة لكل من الولدين». ونشأ النزاع بين خلفاء Jean Antoine، والرفاق Zucchetti مع خلف Jacques Blaise، Antoine Biancheri، تناول طبيعة الحقوق على هذا الممر الضيق. «ومن أجل الاعتراف للسيد Antoine Biancheri بارتفاق مرور وليس بحق ملكية على الشيوع طالب بها، «أخذ القرار المطعون فيه» بأن الرفاق Zucchetti، وهم خلفاء Jean Antoine، «يجب الإعلان أنهم وحدهم مالكو الممر الضيق بموجب عقد اكتساب ملكية في 30 كانون الثاني 1906 يذكر صراحة حقهم في الملكية ويمكن بشكل صحيح الاحتجاج به في وجه Biancheri، طالما أن عقد 3 حزيران 1846 الذي يكتسب منه حقوقه ينص على الاستعمال المشترك للممر الضيق من قبل الشقيقين وبالتالي لا يعطيه سوى حق مرور».

وقد نقضت محكمة النقض هذا الحكم إذ ذكّرت، استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني، «بأن على القضاة لحل الاستردادات العقارية أن يطبقوا سندات الفريقين عندما يستمدونها من مورث مشترك. واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بدون مقابلة عقدي 3 حزيران 1834 و 3 حزيران 1846 الصادرين كلاهما عن.. المورث المشترك للفريقين، في حين أن عقد اكتساب الملكية في 30 كانون الثاني 1906 لا يمكن، أياً كانت أحكامه، أن يعطي المكتسبين أكثر من الحقوق التي يملكها البائعون أنفسهم بموجب عقد 3 حزيران 1834، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

وعلى قضاة الأساس كما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 4 كانون الثاني 1979[2]، في قضية استرداد الفرقاء فيها هم خلفاء المورث نفسه، تغليب العقد الأقدم، المشترك بين الفريقين، على السندات اللاحقة التي لم تعدل من جانب واحد النظام القانوني المقام سابقاً.

إن محكمة النقض أكدت في هذه الأحكام الثلاثة، تطبيقاً للمادة 1134 من القانون المدني، المفعول الملزم للعقود الصادرة عن المورث المشترك للمتقاضين. وكما لوحظ[3]

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 42، صفحة 33.

(2) D. 1979، صفحة 240 من التقرير.

(3) D. Tomasin، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول نيسان 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، II، 19987 في النهاية. انظر بالمعنى عينه Giverdon، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 559.

«لا دخل للمادة 1165 في القضية ذلك بأن النزاع هو بين خلفاء مورث مشترك، ويقتضي التمسك بإعمال القوة الملزمة للعقود».

2) العقود التي يكون موضوعها غير موضوع نقل الملكية.

403 ـ من الممكن تصنيف هذه العقود في فئتين، العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً تابعاً من جهة أولى، والعقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً موقتاً من جهة ثانية.

أ) الحقوق العينية التابعة.

404 ـ المقصود هو الرهن العقاري ورهن الحيازة العقاري.

405 ـ الرهن العقاري.

عرّفت المادة 2114 من القانون هذا الرهن بأنه «حق عيني على العقارات المخصصة لتسديد موجب».

كانت القاعدة، تاريخياً، قاعدة حجية الرهونات العقارية بقوة القانون، بالاستقلال عن أي نشر. وهكذا كان الرهن العقاري المستتر فعالاً كلياً في القانون الروماني[1] وفي القانون القديم[2]. وكان المبدأ إذاً مبدأ فعالية عقد الرهن العقاري بقوة القانون تجاه الجميع. وقانون 9 ميسيدور العام III (27 حزيران 1795) هو الذي نظم علنية الرهونات العقارية لأول مرة، إلاّ أن هذا القانون الناقص لم يطبق إلاّ نادراً[3]. ونظم قانون 11 بومير العام VII (أول تشرين الثاني 1798) بالصورة الأكثر فعالية علنية الرهونات العقارية وحافظ القانون المدني على مبدإ العلنية مع التخلي عنه لصالح النساء المتزوجات والأشخاص تحت الوصاية[4]. وصحح قانون 23 آذار 1855 وكذلك نصوص أخرى سابقة بعض الإفراط الناشىء عن الطابع المستتر لهذه الرهونات[5]، ثم ألغى مرسوم 4 كانون الثاني 1955 هذه الرهونات المستترة بجعل مرتبتها متوقفة على تسجيلها[6].

وفي ما يختص بالتفرغ عن الأقدمية، أي، حسب تعريف Becqué[7]، «بالاتفاقية التي يتفرغ فيها دائن رهن عقاري إلى دائن آخر له رهن عقاري على العقار عينه عن المرتبة التي تعود إليه وبمفعوله يكون مفضلاً عليه»، وكانت القاعدة، قبل إصلاح العلنية العقارية في عام

---

(1) E. Petit, Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 252.

(2) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، رقم 694، والجزء XIII، رقم 771 وما يليه.

(3) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، المرجع عينه موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، v الرهن العقاري تأليف P. Raynaud et A. Piedelievre، 1972، رقم 203.

(4) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، رقم 695.

(5) انظر حول هذه المسائل التاريخية جميعاً، Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، رقم 780 وما يليه.

(6) انظر حول تطور الرهونات العقارية القانونية والنظام العام للرهن العقاري، التأمينات.

(7) Planiol et Ripert, Traité le droit civil français، الجزء XIII، الطبعة الثانية، 1953، رقم 1304.

1955، بأنه لا يخضع لأي علنية بالنسبة إلى حجيته تجاه الغير[1]. واستخلص السيد Levis من ذلك أن النظام كان يماثل نقل الملكية بمجرد التوافق[2].

ومرسوم 4 كانون الثاني 1955 هو الذي، بتعديل المادة 2149 من القانون المدني، أخضع للعلنية التفرغ عن الأقدمية في شكل ذكر في هامش تسجيلات الرهونات العقارية الموجودة. وغدت هذه العلنية «إلزامية وضرورية لجعل التفرغ عن أقدمية الرهن العقاري محتجاً به تجاه الغير»[3].

406 ـ رهن الحيازة العقاري[4].

تنظم هذا الرهن المواد 2085 إلى 2091 من القانون المدني. أنه «عقد يضع بمقتضاه المدين أو الغير عقاراً في الحيازة حتى يتم دفع الدين بكامله مع الإجازة بجني الثمار لتنسيبها سنوياً إمّا إلى الفوائد إذا كانت متوجبة عليه، وإذا فاضت إلى رأس مال الدين، وإمّا إلى رأس المال فقط إذا لم تكن ثمة فوائد متوجبة»[5]. يكمن الفرق بينه ورهن الحيازة العقاري في الرفع الفوري ليد المدين أو الغير الضامن عن العقار المخصص لضمان الدفع لصالح الدائن، مما يقرب رهن الحيازة العقاري من رهن المنقول.

وقد جرت في القرن التاسع عشر مناقشة مسألة معرفة ما إذا كان الدائن حائز حق عيني. وهكذا جرت مماثلة رهن الحيازة العقاري بمجرد تفويض للثمار القادمة[6]. والرأي الذي تغلب اليوم هو رأي تخصيص الدائن بحق عيني حقيقي[7].

وكان التقدير، قبل قانون 23 آذار 1855 حول تسجيل الرهن العقاري، أن التسجيل لم يكن مطلوباً للمحافظة على حقوق دائن رهن الحيازة العقاري بسبب وضع الحيازة الضروري بين يدي الدائن. «ألم يتم إخطار الغير بواقع الحيازة ذاتها بأن الثمار لا تعود إلى مالك العقار؟ سواء استعلم لدى المدعى عليه أو قدم السندات، يبقى التمتع برهن الحيازة العقاري

---

(1) النقض المدني في 21 أيار 1901، Dalloz الدوري 1901، 1، 321.

(2) L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits، منشورات Economica، 1989، مقدمة P. Raynaud، رقم 281.

(3) النقض التجاري في 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 5، صفحة 3؛ Dalloz 1987، صفحة 375، تعليق L. Aynès، والرقم 452 اللاحق.

(4) R. Tendler, L'antichrèse, mythe ou réalite، Dalloz 1989، العرض XXII صفحة 143 وما يليها.

(5) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف B. Becqué، المرجع عينه، رقم 280، صفحة 340.

(6) انظر يوميات الكتابة العدل 1839، البند 10229، صفحة 12 وما يليها، نقاش مفصل يستشهد بـ Bastia، 9 أيار 1838: «من حيث أن الدائن، عن طريق رهن الحيازة العقاري، لا يكتسب إلاّ إمكانية الدفع له عن طريق ثمار العقار المرهون، بدون أن يكتسب على هذا العقار أي حق عيني».

(7) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V، رهن الحيازة العقاري، تأليف P. Robino، 1986، رقم 10، المؤلفون المستشهد بهم، ولا سيما Becqué، الجزء XII من مطوّل Planiol et Ripert، رقم 300، صفحة 355 وصفحة 356، وهما يبرزان سلطة Pothier ووصف «رهن حيازة المنقول أو الثابت» المرتبط برهن الحيازة العقاري. ويقتضي أن يضاف إلى ذلك حق التفضيل على الثمن المعطى للدائن.

والحيازة الوقتية التي هي الشرط الأساسي لحقه إخطاراً للغير كما حيازة المتمتع بحق الانتفاع أو صاحب حق الاستعمال أو المزارع أو المستأجر»[1].

على أنه جرى بيان أن عدم فائدة التسجيل لا يعني أن العقد كان بحد ذاته قابلاً للاحتجاج به تجاه الغير، أي بمجرد وجوده[2]. يجب بالفعل الأخذ في الحسبان أن رهن الحيازة العقاري يدخل في فئة العقود العينية[3]. وعليه لن يتكوّن العقد قانوناً إلاّ أن يترافق مع نزع يد منشىء الرهن. وبالتالي لن يكون محتجاً به ضد الغير إلاّ في هذا التاريخ.

بيد أن مبدأ الحجية لا يبدو أنه أعيد النظر فيه. وبالفعل ينبغي أن يبقى حاضراً في الذهن أن العقد لا يمكن الاحتجاج به بصورة فعالة ضد الغير إلاّ أن تجتمع فيه جميع الشروط المطلوبة قانوناً لتكوينه. وقبول قاعدة معاكسة يعني أن تكون للعقد مفاعيل أكثر تجاه الغير لا يمكن التخلص منها بين الفريقين. وهكذا يتحلل عقد رهن الحيازة العقاري الذي لا يتبعه وضع الحيازة الحقيقية بين يدي الدائن أو الغير المتفق عليه كوعد برهن الحيازة العقاري[4]. ولا قيمة له على هذا النحو بين الفريقين. وبالتالي لا يعقل أن يساوي وعد كهذا رهن الحيازة العقاري تجاه الغير. فالحجية، كما جرى بيان ذلك، تقنية تتيح جعل العقد ينتج مفاعيله جميعاً، ومفاعيله وحسب[5]. فالطابع العيني للعقد هو إذاً بدون تأثير في مبدأ الحجية.

وقد فرض قانون 23 آذار 1855 تسجيل رهن الحيازة العقاري كشرط لحجيته في وجه الغير[6] ولا سيما دائني الرهن العقاري[7].

أما مرسوم 4 كانون الثاني 1955 فلا يستهدف رهن الحيازة العقاري بشكل صريح، وإنما يقدر أنه ضمن تكوينات الحقوق العينية العقارية التي أبرزتها المادة 28 ـ 1 منه[8].

---

(1) يوميات الكتابة العدل، 1839، البند 10229، صفحة 17، نقاش مفصل.

(2) M. Billiau, L'opposabilité des contrats relatifs aux droits réels، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13.

(3) P. Robino، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V رهن الحيازة العقاري، 1986، رقم 8.

(4) انظر حول صحة وعود العقود العينية، تكوين العقد، رقم 450.

(5) انظر الرقم 366 السابق.

(6) المادة 2: «يسجل أيضاً: أولاً ـ أي عقد مكوّن لرهن الحيازة العقاري...»؛ المادة 3: «لا يمكن أن تكون الحقوق الناتجة عن العقود المبينة في المواد السابقة، حتى تسجيلها، محتجاً بها تجاه الغير الذي يملك حقوقاً على العقار وحافظ عليها وفقاً للقوانين».

(7) انظر على سبيل المثال، حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الثاني 1895، يوميات الكتابة العدل، 1896، البند 25866، صفحة 34؛ Dalloz الدوري 96، 2، 57، تعليق Cezar - Bru؛ Sirey 98، 2، 283، الذي حكم بأن دائني الرهن العقاري المسجلين على العقار قبل إنجاز التسجيل بإمكانهم حجزه كما يحلو لهم وكما لو أن رهن الحيازة العقاري لم يكن موجوداً.

(8) P. Robino المذكور سابقاً رقم 38.

ب) الحقوق العينية الأساسية الموقتة.

407 ـ لن نتطرق هنا للحقوق العينية الموقتة التي أقامها التشريع العصري، أي الإيجار للبناء (المنشأ بقانون 16 كانون الأول 1964) وإيجار إعادة التأهيل (المنشأ بقانون 31 أيار 1990)، لأنها لا تأتي بشيء في دراسة مبدإ الحجية، ومفعول ذلك تقليص فئة الإسناد إلى إيجار الحكر الحكمي وحق الانتفاع بالحقوق العينية العقارية.

408 ـ **إيجار الحكر الحكمي**[1] يعرّف كإيجار عقار يتلقى فيه المؤجر، لمدة لا يمكن أن تكون أدنى من 18 سنة وأكثر من 99 سنة، حقاً عينياً عقارياً يعطيه بعض الامتيازات هي امتيازات المالك مقابل عائدة سنوية لها طابع الزهيد. ومصدره روماني وكان مستعملاً في القانون القديم. ثم أصبح موضوع قانون 18 كانون الأول 1790، وإنما لم يدخل في القانون المدني[2]. ثم جرى تنظيمه لاحقاً بقانون 25 حزيران 1902 وتم تقنينه في المواد L. 451 ـ 1 إلى L. 451 ـ 13 من القانون الريفي.

وغداة إصدار مدوّنة القانون المدني كانت طبيعته موضوع نقاش: هل يتعلق الأمر بحق عيني أو بمجرد حق شخصي قابل للتسجيل كرهن عقاري؟ وحكمت محاكم النقض، إستناداً إلى التقليد، بأن حق الحكر الحكمي له طابع عيني[3].

ولا يبدو أن أي نقاش تناول حجية إيجار الحكر الحكمي تجاه الغير. وبمقدار ما يكون إيجار الحكر الحكمي عقداً توافقياً يكون مبدأ الحل الحجية بقوة القانون، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى تقليد حقيقي.

وقد فرض علنية هذا الإيجار، في أي حال، قانون 23 آذار 1855 وأصبحت العلنية اليوم إلزامية بمرسوم 4 كانون الثاني 1955.

409 ـ **حق الانتفاع** «هو حق التمتع بأشياء يملكها آخر كما المالك نفسه وإنما شرط المحافظة عليها» (المادة 578 من القانون المدني). إنه حق عيني عمري بشكل أساسي[4]

---

(1) Planiol et Ripert, Traité de droit civil français، الجزء III الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1952، الأموال، تأليف M. Picard، الأرقام 1000 إلى 1002، صفحة 985 وما يليها.

(2) كان مقبولاً مع ذلك أن القانون المدني لم يدن إيجار الحكر الحكمي شرط أن لا يتجاوز 99 سنة. انظر Planiol et Ripert، الجزء III، تأليف M. Picard، رقم 1000، وكذلك يوميات الكتابة العدل، 1821، البند 3888، صفحة 203، النقاش.

(3) Planiol et Ripert، الجزء III، تأليف M. Picard، المرجع عينه.

(4) المادتان 617 و 619 من القانون المدني. وهكذا، بالنسبة إلى محكمة النقض، لا يشكل تكوين حق انتفاع حق لصق الإعلانات على جدار عقار وضعه مالكه في نظام الملكية المشتركة من أجل بيعه حصصاً، ما دام العقد المكوّن الملكية المشتركة ينص على أن المالك يحتفظ بهذا الحق أبدياً مع إمكانية التفرغ عنه للغير (الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، III، رقم 16، صفحة 12؛ D. 1985، صفحة 504، تعليق F. Zenati؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20547، تعليق Barbiéri).

قابل للرهن العقاري عندما يتناول عقاراً. وهذا ما يفسر أن مشترع عام 1855 أخضع تكوين حق الانتفاع بعوض بين الأحياء أو الموصى لهم لمعاملة التسجيل[1]، وأصبحت العلنية مطلوبة تطبيقاً للمادة 28 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955.

وكانت هبة حق الانتفاع، قبل إنشاء العلنية، خاضعة لمعاملة التسجيل المبينة في المادة 939 من القانون المدني[2]. إلاّ أنه ينبغي، في ما يتعلق بإنشاء الرهن بعوض، على ما يبدو، تقرير أن مبدأ الحجية بقوة القانون واجب التطبيق[3].

ب ـ دور العلنية.

410 ـ دور العلنية العقاري، كشرط للحجية، ظهر من دراسته التاريخية التي بينت أنه يجب التفريق بين ثلاث فئات من الأعمال، تسجيلات الملكية بعوض وإنشاء الرهن العقاري والهبات بين الأحياء.

١) دور العلنية في عقود البيع.

411 ـ كانت ملكية العقارات في القانون القديم تنتقل بالاستقلال عن أي شكل تسجيل لعقد البيع، ما عدا الاستثناءات المتعلقة ببعض الشكليات الرسمية للنظام الإقطاعي في البلدان المسماة بلدان رهن المنقول أو الثابت[4].

ولم يعدل القانون الوسيط فوراً هذه الحالة، طالما أن الملكية، في ظل قانون 9 مسيدور العام III (27 حزيران 1795) الذي نظم علنية الرهونات العقارية، كانت تنتقل بالاستقلال عن تسجيل عقد البيع[5]. ولم يفرض تسجيل العقود الناقلة للأموال والحقوق القابلة للرهن العقاري لتكون محتجاً بها تجاه الغير إلاّ قانون 11 بروميير العام VII (أول تشرين الثاني 1798).

إلا أنّ مدوّنة قوانين نابوليون عادت إلى تقليد القانون القديم بدون تغطية عيب نقل الملكيات المحقق في ظل قانون بروميير[6]. ولم تفرض التسجيل من أجل الحجية تجاه الغير في صدد نقل الملكية العقارية، وهذا ما حكمت به محكمة النقض في حكم Pallès et

(1) Planiol et Ripert، الجزء III، تأليف M. Picard، رقم 765.

(2) انظر حول دور علنية الهبات، رقم 413 اللاحق.

(3) لا يبدو ثابتاً أن هناك منازعات قضائية حول هذه المسألة.

(4) انظر يوميات الكتابة العدل،الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 ـ 1865، الجزء v, VI التسجيل، رقم 2 ـ انظر: Planiol et Ripert، الجزء XII، التأمينات العينية، تأليف E. Becqué، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1953، رقم 694، صفحة 726.

(5) النقض المدني، 28 حزيران 1816، يوميات الكتابة العدل، 1817، البند 2047، صفحة 217 وصفحة 218.

(6) النقض المدني في 11 تموز 1820، يوميات الكتابة العدل، 1821، البند 3828، صفحة 12.

Baudoin في 8 أيار 1810[1]، مع الأخذ مع ذلك بتطلب تسجيل بعض الرهونات العقارية كشرط لحجيتها[2].

اتجه القانون إذاً نحو ذهنية الحصرية بتسوية النزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمورث واحد بتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق، ورأى السيد Lévis في ذلك أنه ليس سوى التعبير عن الحجية. ويلخص هذا المؤلف الحالة القانونية كما يلي: «الحل الأصلي للتنازع بين الحقوق العينية ينتج عن تمفصل مبدأين أساسيين: مبدأ النقل بمجرد التوافق ومبدأ حصرية الحق العيني، ويرتكز على التطبيق غير المشروط قاعدة الأول زماناً هو المفضل في الحق»[3].

وينتج عن هذا الاجتياح للتاريخ أن التسجيل (ولاحقاً العلنية العقارية) لم يتم سنّة إلاّ لمعارضة مبدأ الحجية المطلقة وبقوة القانون للعقد الذي يتناول حقاً عينياً في المثال المذكور لحق الملكية.

بيد أن حماية الغير، على نقيض الأفكار المقبولة عموماً، لم يكن وحده السبب الحاسم الذي قاد المشترع إلى إقامة نظام العلنية كما يبين ذلك حق الرهن العقاري.

وقد بيّن السيد Loussouarn أن قانون برومير العام VII كان موضوعه الأساسي تأمين حماية ائتمان الرهن العقاري. فالمادة 26 تنص على تسجيل مال أو حق قابل للرهن العقاري. «إن إنشاء علنية نقل الملكية تم قبل أي شيء لكي يتاح لمالك عقار أن يجد أشخاصاً يقبلون إقراضه مع رهن عقاري»[4].

وقد رأينا أن واضعي مدوّنة القانون المدني استبعدوا التسجيل الإلزامي. والحال أن مفعول ذلك فقدان الخزينة رسوم تسجيل هامة[5]. ولحث الفرقاء على تسجيل عقودهم قررت المادتان 834 و 835 من مدوّنة الإجراء المدني لعام 1807 أن بإمكان دائني الرهن العقاري التسجيل حتى تاريخ تسجيل البيع الذي يوافق عليه المدين، حتى في مهلة خمسة عشر يوماً ابتداء من التسجيل[6].

---

(1) Sirey 1810، 1، 265؛ يوميات الكتابة العدل، 1810، البند 447، صفحة 138: «من حيث أن نص المواد 26 إلى 28 من قانون 11 بروميير العام 7 الذي كان يفرض تسجيل عقود البيع لكي تنقل إلى مكتسب الملكية الحقوق التي كانت للبائع على ملكية العقار المباع، وبما أنه حتى ذلك الحين لا تتيح له الاحتجاج بالعقد تجاه الغير الذي تقيد بالقانون، من أجل ذلك جرى إلغاؤها بالمادة 2182 من القانون المدني. .».

(2) انظر الرقم 405 السابق.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 164، صفحة 152، الأحرف المائلة في النص.

(4) المحاضرات المذكورة سابقاً، صفحة 124.

(5) يوميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 ـ 1865، الجزء IV ,v°، التسجيل العقاري، رقم 12. وكذلك Planiol et Ripert, Traité de droit civil français، الجزء XIII، التأمينات العينية، تأليف E. Becqué، الطبعة الثانية، منشورات L.G.D.J.، 1953، رقم 1106، صفحة 453.

(6) انظر حول هذا النظام Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، رقم 1106، صفحة 453 وصفحة 454.

كان ذلك شكلاً من أشكال سقوط ذهنية الحصرية لحق مكتسب الملكية طالما أن التسجيل العقاري وحده بإمكانه وقف سريان تسجيل الرهونات العقارية (وإنما فقط بالنسبة إلى دائني البائع السابقين للبيع)؛ وهو سقوط يعلل باعتبارات ضريبية وحسب.

وسوّغت بعد ذلك اعتبارات مستمدة من حماية ائتمان الرهن العقاري مبدأ العلنية الإلزامية. وكما لاحظ السيد Loussouarn «بت بهذه المشكلة إنشاء ائتمان عقاري إلزامي في عام 1852. ودور الائتمان العقاري هو الموافقة على قروض مع الرهن العقاري، ولا يمكن أن يعمل باطمئنان تام إلاّ أن تكون ثمة وسائل الاستعلام من عارض الرهن العقاري عن المالك. وكان ذلك سبب إصدار قانون 23 آذار 1855 المهم الذي نص على التسجيل العقاري لنقل العقارات بعوض»[1].

إن قانون 23 آذار 1855 أعاد المبدأ الذي طرحه قانون بروميير العامَ VII. وكان للتسجيل ثلاثة مفاعيل: تعزيز الملكية تجاه الغير، والحفاظ على امتياز البائع، والخدمة لتطهير الرهونات العقارية.

وكان نظام حجية العقود بعوض التي تتناول الحقوق العينية العقارية بدون إتمام أي شكل من أشكال العلنية تجاه الجميع بقوة القانون قد انتهى بوضوح. ويبين التطور التاريخي أن العلنية العقارية للنقل بعوض لم تنظم لضمان حجية عقد البيع تجاه الغير وإنما لكسر قاعدة الحجية بقوة القانون تجاه الجميع بهاجس ضريبي ولتعزيز دور علنية الرهونات العقارية[2]. وهذا الاعتبار الأخير قاد إلى تحديد دور علنية الرهونات العقارية في رؤية تاريخية دائماً.

2) دور علنية الرهونات العقارية.

412 ـ تتيح علنية الرهونات العقارية للغير الاستعلام عن الائتمان الذين يمكن أن يعطيه لمدينه المحتمل. **فرهان العلنية إذاً هو الائتمان.**

ولهذا السبب أخفقت دائماً المحاولات في ظل النظام القديم لإقامة نظام علنية الرهونات العقارية، ذلك بأن الأسر النبيلة الكبرى، الغارقة في الدين، حرصت على عدم معرفة وضعها المالي الصحيح[3]. ومن المفيد، إضافة إلى ذلك، التذكير بأن مبدأ علنية الرهونات العقارية نفسه جرت مناقشته بشراسة عند الأعمال التحضيرية لمدوّنة القانون المدني[4].

وهذه المدوّنة، كما رأينا، لم تعالج هذا الوضع إلاّ بشكل غير كامل[5]؛ بيد أنه من

---

(1) المحاضرات المذكورة سابقاً، صفحة 126.

(2) وهكذا قيل «إن العلنية العقارية في الأصل تدبير انضباط»، M. Lévis، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 202.

(3) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué، المرجع عينه، رقم 694، صفحة 725 وصفحة 726.

(4) انظر حول هذه المسألة Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف E. Becqué المرجع عينه، رقم 695، صفحة 727.

(5) انظر الرقم 405 السابق.

الصحيح أن وجود الرهونات العقارية القانونية المستترة كانت مسوّغة بدوافع قوية للعدالة والإنصاف كما بيّن Becqué: «أعطت مدوّنة القانون المدني لعام 1804 التفضيل لعديم الأهلية على مصلحة الغير، إذ قدرت أن إخضاع الرهن العقاري القانوني للتسجيل يعني عملياً وضع عديم الأهلية أمام استحالة التذرع بالتأمين القائم لصالحه وجعل حمايته وهمية: عديم الأهلية، من جهة أولى، جسدياً ومعنوياً خارج حالة القيام بالتسجيل بنفسه، ومن جهة ثانية ليس من العدل أن تلقى عليه نتائج إهمال ممثله أو سوء إرادته. وقد رأى واضعو المدوّنة أن الزواج والوصاية كانا وقائع عامة ومعروفة من الجميع ومن السهل على الغير معرفتها، وقدروا أنه يعود إليهم الاستعلام قبل التعامل»[1].

وقد انتقد المؤلف هذه التسويغات وبيّن أنه «إذا كانت مصلحة عديمي الأهلية جديرة بالمراعاة فإن المصلحة العامة تستحق على الأقل إقامة وزن لها؛ ونظام العلنية، مع التأمين الذي يدخله في الأعمال، ينبغي أن لا يحوي استثناء»[2]. ومرسوم 4 كانون الثاني 1955، بإلغائه الرهونات العقارية المستترة، غلّب بالطبع وجهة النظر هذه.

إن هذا التذكير المختصر بالتاريخ يتيح تأكيد حصول استبدال مبدإ الحجية الخاضعة للعلنية، أي التسجيل في سل عمومي، تدريجاً بالمبدإ الأول للحجية المطلقة تجاه الغير للرهن العقاري، بالملاحظة أن العلنية ليست مع ذلك شرطاً لصحة الرهن العقاري بين الفريقين. وبتعبير آخر أن الخلاصة التي يمكن استخراجها هي النظيرة المنطقية للخلاصة التي قادتنا إليها دراسة دور علنية عقد البيع: لم تنظم علنية الرهونات العقارية لضمان حجيتها تجاه الغير وإنما لكسر قاعدة الحجية بقوة القانون من أجل إرضاء المصلحة العامة، أي حماية الائتمان.

3) دور علنية الهبات بين الإحياء.

413 ـ التطور التاريخي.

كانت الهبات في القانون الروماني، حوالي القرن الرابع، خاضعة لمعاملة التسجيل عندما تتجاوز مبلغاً معيناً. وكانت ترتكز هذه المعاملة على التسجيل في سجلات عمومية وكانت مفروضة لتمامية الهبة. كان التسجيل مفروضاً في أول الأمر لمصلحة الواهب، باعتبار الهبة عقبة أمام تبرعات مبالغ فيها. ثم سُوّغت بعد ذلك لمصلحة الغير[3].

وكان القانون القديم يخضع أيضاً هبات المنقولات أو العقارات للتسجيل[4].

---

(1) الجزء XIII، رقم 771، صفحة 2 وصفحة 3.

(2) الجزء XIII، رقم 779، صفحة 10 وصفحة 11.

(3) E. Petit, Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 423، صفحة 428. انظر أيضاً حول نظام التسجيل، Girard, Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة الثانية، 1898، صفحة 918 وصفحة 919. وكذلك S. Ginossar, Liberté contractuelle، المرجع عينه، رقم 17، صفحة 39 وما يليها.

(4) انظر يوميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 ـ 1865، الجزء IV، ٧، تسجيل الهبات =

أما مدوّنة قوانين نابوليون فقد اتسمت بنزعة معاكسة للنزعة الملاحظة في شأن البيع. وبالفعل، إذا كان من المقبول، في المادة 938، أن «الهبة المقبولة حسب الأصول تكون تامة بمجرد رضا الفريقين، وملكية الأشياء الموهوبة تنقل إلى الموهوب له، بدون أن تكون ثمة حاجة لنقل آخر»، فقد أخضعت، بالمقابل، الحجية ضد الغير لبعض الهبات بين الإحياء لإتمام معاملة التسجيل العقاري[1]، مع إلغاء معاملة التسجيل التي تشكل استعمالاً مزدوجاً. كما نصت المادة 941 في صياغتها الأولية على أن «عدم التسجيل يمكن أن يحتج به أي شخص له مصلحة، ما عدا الأشخاص المكلفين العمل على إجراء التسجيل أو خلفاءهم، والواهب».

وبقي هذا النظام بعد تبني قانون 23 أذار 1855. وليس ثمة كيفية في الأمر الاشتراعي بتاريخ 7 كانون الثاني 1959 الذي اقتصر على استبدال بتعبير «نشر» في المادة 939 تعبير «تسجيل عقاري».

414 ـ تفسير نظام علنية الهبات بين الإحياء الذي يتناول الأموال القابلة للرهن العقاري.

من المدهش حقاً التثبت من أن نظام حجية العقد الذي يكون موضوعه نقل حق عيني، في مدوّنة قوانين نابوليون يتوقف على طبيعة العقد الذي ينقله.

ومصدر هذه الدهشة واقع عدم وجود أي فارق في الحقيقة من حيث الطبيعة بين حق ملكية منقول بمفعول البيع وحق ملكية منقول بمفعول هبة.

ولا يمكن البحث عن التفسير إلاّ في طبيعة العقد.

ويتعذر القول إن حماية الواهب هي التي تسوّغ القاعدة، ذلك بأن عدم مراعاة التسجيل العقاري، بخلاف التسجيل الروماني، لا يعاقب ببطلان الهبة ولا يستطيع الواهب، كما خلفاؤه الكليون، التذرع به[2]. فهل يتوجب إذاً الأخذ بفكرة أن نظام هذه العلنية لا يتوافق

= العقارية، الأرقام 1 إلى 3. هناك ذكر في الرقم 3 أن عدم التسجيل، في القانون القديم، كان سبباً لبطلان الهبة، بيد أن Baudry، في الطبعة الخامسة من موجزه في القانون المدني (1895)، كان يعلم أنه لم يكن مطلوباً إلاّ لفعالية الهبة تجاه الغير، التي يشكل ورثة الواهب فريقاً فيها (رقم 481، صفحة 336)؛ وهذا الرأي متمسك به مع Colin في الطبعة الثالثة من مطوّلهما في الهبات بين الأحياء والوصايا (الجزء 1، 1905، رقم 1363، صفحة 608).

(1) كان الأمر متعلقاً بهبات بين الأحياء لأموال قابلة لتسجيل الرهن العقاري (المادة 939 من القانون المدني). وعليه كانت الهبات التي تتناول منقولات مستبعدة من الشكلية. وبالنسبة إلى عرض شروط تطبيق هذا النص، يوميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي، 1808 ـ 1865، الجزء IV، v، تسجيل الهبات، رقم 7 وما يليه، وكذلك Baudry - Lacantinerie، الموجز المذكور سابقاً، رقم 477 وما يليه، صفحة 335 وما يليها و Baudry - Lacantinerie et Colin, Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations entre vifs et des testaments، الجزء I، الطبعة الثالثة، 1905، رقم 1371 وما يليه، صفحة 611 وما يليها.

(2) انظر حكم غرفة العرائض في أول أب 1878، Dalloz الدوري 79، 1، 169؛ Sirey 79، 1، 383، «قيمة الهبة مستقلة عن التسجيل؛ وهذه المعاملة مفروضة.. لمصلحة الغير وحسب».

مع أي منطق[1]؟ بالتأكيد لا. فالهبة عقد إفقار خطر بالنسبة إلى دائني الواهب الذين يرون ذمة مدينهم المالية تفتقر. إن حماية الغير إذاً هي التي تسوّغ التسجيل العقاري لبعض الهبات بين الإحياء[2]. من المسموح به إذاً التفكير في أنه تبين باكراً وجود سيئات لقاعدة الحجية بقوة القانون لتوافق الإرادة. ويمكن أيضاً التأكيد أن الأشكال الرسمية للهبة معدّة لحماية الواهب والغير عن طريق التسجيل العقاري.

415 ـ يمكن القول، كخلاصة، إن المبدأ الأول هو مبدأ الحجية المطلقة بقوة القانون لتوافق الإرادة الناقل ملكية حق عيني (مع ما يلزم من إنشاء أو تعديل) تجاه الغير. بيد أن سيئات القاعدة، وليس اخطارها وحسب، كبيرة إلى درجة أنه ظهر من الضروري إخضاع الحجية تجاه الغير للعلنية[3]. ولم تكن هذه الضرورة موضوع خلاف أبداً في ما يتعلق بالهبات بين الإحياء في القانون الفرنسي.

II ـ الحقوق العينية المادية المنقولة

416 ـ حجية العقد الذي يكون موضوعه حقاً عينياً مادياً منقولاً، أي بشكل ملموس فعاليته تجاه الغير، لها خاصية معينة بالنسبة إلى شروطها بسبب موضوعها. وبالفعل ليس القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق، كما سبق أن رأينا، مطبقاً سواء تعلق الأمر بنقل الملكية أو بالوضع في الرهن.

أ ـ نقل الملكية.

417 ـ لا يقوم العقد هنا إلاّ بدور مؤشر، بمعنى أن الشاري، بتقديم عقد شرائه، يعزز صفته كمالك أثبتتها الحيازة.

وتتحد هذه العناصر بشكل معقد لتسوية صعوبتين تقليديتين:

1 ـ النزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمال واحد.

2 ـ النزاع بين مكتسب ملكية من غير المالك ومكتسب الملكية من المالك الحقيقي.

---

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، رقم 288، 1972، مؤلف مغفل الاسم. ولا يبدو أن السيد Najjar الذي نقح العنوان تساءل حول هذه النقطة، انظر الرقم 188 وما يليه.

(2) Baudry - Lacantinerie et Colin المذكوران سابقاً، رقم 1366، صفحة 610، اهتم المشترع بتجنب أن يكون على الغير تحمل ضرر بسبب هبة مستترة. أضف إلى ذلك: Y. Loussouarn المذكور سابقاً، صفحة 125 الذي يرى أن واضعي القانون المدني عدلوا المعنى الأصلي للعلنية التي كانت تدبير حماية الذمة المالية للأسرة فأصبحت بصورة خاصة تدبير تأمين المصالحات.

(3) انظر الرقم 433 اللاحق وما يليه.

418 ـ النزاع بين مكتسبي ملكية السلعة عينها تسوّية المادة 1141 من القانون المدني.

حسب هذا النص «إذا كان الشيء الذي تم الالتزام بإعطائه أو بتسليمه لشخصين على التوالي، هو منقول صرف، يفضل الشخص الذي كان في حيازته الحقيقية ويبقى مالكاً له، ولو كان سنده لاحق من حيث تاريخه، شرط أن تكون الحيازة عن حسن نية».

ويفترض حسن نية مكتسب الملكية الثاني للمنقولات المباعة أن لا يكون بالطبع على علم ببيعها السابق.

ويلاحظ أن الحيازة الحقيقية، أي الفعلية، المادية، التي تجعل نقل الملكية ملموساً، هي التي تقوم بدور أساسي وليس عقد البيع الذي يقتصر على إعطاء سند حيازة صحيح عن حسن نية. فليس الترتيب الزمني لنقل الملكية إذاً هو المهم، وإنما الترتيب الزمني للحيازة، ما عدا مراعاة حسن نية الحائز الأول[1].

ثمة توافق اليوم، رغماً عن اعتراضات متنوعة، على اعتبار المادة 1141 نوعاً من العلنية تقارن بالعلنية التي كان على المشترع إدخالها لاحقاً بالنسبة إلى البيع العقاري. كما يقارن هذا النص بالمبدإ الذي طرحته المادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني: «الحيازة في المنقول سند الملكية»[2]. وهذان النصان في الواقع يستنتجان من مبدإ مشترك وبمقتضاه «ليس للأموال المنقولة تتبع» مما يعني أن المبدأ بالنسبة إليها أن أي استرداد مستبعد.

والأمر على غير ذلك إذا فقدت المنقولات أو سرقت، بحسب المادة 2279[3]، أو كذلك إذا تمكن طالب الاسترداد من أن يثبت، ولاسيما بتقديم عقد يربطه بالمالك الظاهر، أن هذا المالك لم يكن حائزاً عابراً، مجبراً على رد الشيء ضمن الشروط المحددة في الاتفاقية.

وبند الاحتفاظ بالملكية يمكن هكذا أن يجيز استرداد السلع المسلمة للشاري بجعله، حتى الدفع الكامل للثمن، مجرد حائز عابر. وكان الاجتهاد، حتى صدور قانون 12 أيار

---

(1) انظر: F. Bertrand، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78 وما يليه، الذي يعرض جدالاً فقهياً صرفاً نشأ عن صيغة المادة 1138 من القانون المدني التي تنص على أن «موجب تسليم الشيء يكون تاماً بمجرد رضا الفريقين المتعاقدين».

(2) Y. Loussouarn, Le transfert de propriété par l'effet des contrats، محاضرات في دكتوراه القانون الخاص، باريس 1969 ـ 1970، الصفحات 115 إلى 124.

(3) انظر في شأن تفسير حصري للنص، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1980، Lakrouf ضد Pelecdes، مجلة قصر العدل، 26 تموز 1980، بانوراما الاجتهاد. وكذلك ـ M. Cuilleron, Revendication des meubles perdus ou volés et protection possesoire (réflexion de Civ 1er, 1er juin 1977 à la lumière de l'article 2282 du Code civil، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 504، وما يليها.

1980، عندما يكون الشاري معسراً، يدخل هنا مبدأ الظاهر لاستبعاد مطالبة الشاري غير المستوفي حقه. ويعتبر بند كهذا الاحتفاظ بالملكية مستحيلاً بالنسبة إلى كتلة دائني الشاري. ويتيح القانون الجديد اليوم هذا الاسترداد، وإنما يجب أن يكون الشاري ما زال يحوز السلع.

وبالفعل يظهر هنا النزاع التقليدي الثاني الذي يواجه المالك الحقيقي بالمالك الذي اشترى المنقولات من غير المالك الحقيقي، أي من شخص غير هذا المالك.

419 ـ تسوّي المادة 2279 من القانون المدني النزاع بين المالك الحقيقي ومن اكتسب الملكية من غير هذا المالك.

تقوم الحيازة هنا أيضاً بالدور الأساسي، وبالتحديد عن طريق المادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني. فالحيازة، ما أن يكون الشاري حسن النية، أي على سبيل المثال لم يكن على علم ببند الاحتفاظ بالملكية، تفترض أنه مالك السلع وهذه القرينة لا تقبل الدحض وتستبعد أي استرداد للمالك الحقيقي[1].

ويطبق الاجتهاد هذا الحل بصلابة تجاه بنود الاحتفاظ بالملكية.

فقد نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 شباط 1980[2]، حكماً صدر عن محكمة استئناف بوردو طبق بند احتفاظ بالملكية لقبول الاسترداد من قبل بائع كتب لم تدفع ثمنها زوجة الشاري التي كانت مطلقة منذ ذلك الحين. كان ذلك في عرف الغرفة المدنية انتهاكاً للمادة 2279، الفقرة الأولى، من القانون المدني، ما دام أنه من المقبول أن الزوجة المستفيدة من هبة يدوية كانت تحوز الكتب المطالب باستردادها عن حسن نية.

كما استبعدت الغرفة المدنية الأولى ذاتها في 16 شباط 1980[3] لصالح شاري مركبة نفعية إعمال بند الاحتفاظ بملكية مدخل في عقد امتياز مع أن هذه المركبة كانت بحوزة الغير وهو صانع مركبات كلف جعل المركبة مطابقة لاشتراطات العقد. وكان الشاري «الذي قام بموجباته.. ووضعت الشاحنة بتصرفه» (وقد احتجزها صانع المركبات لحسابه) «والذي كان حسن نيته مفترضاً، بمقتضى أحكام المادة 2279 من القانون المدني، ملزماً تجاه المالك الشرعي لهذه المركبة وكان من حقه المطالبة باستردادها من شركة British Leyland التي استولت عليها بدون رضاه».

كما أن بند الاحتفاظ بالملكية لا يحتج به تجاه الدائن المرتهن الذي سلمت السلع له عندما كان يجهل وجود هذا البند. ولذلك جرى اعتباره حسن النية ويستفيد من المادة 2279

---

(1) انظر: Y. Loussouarn، المحاضرات المذكورة سابقاً، الأرقام 15 الى 17.

(2) السيدة Setrin ضد شركة منشورات André Vial وآخرين، مجلة قصر العدل، 10 تموز 1980، بانوراما الاجتهاد.

(3) شركة British Leyland ضد شركة Signal وآخرون (حكم غير منشور).

من القانون المدني، بدون أن يكون من الممكن الاحتجاج ضده بعيب الحيازة[1]. وتم الأخذ بحل مماثل لصالح مكتسب الملكية الثاني[2].

ويكفي، حسب الاجتهاد المدني، أن يكون حسن النية موجوداً في يوم الحيازة. ولا حاجة إلى أن يدوم. وكانت المحاكم الجزائية، حتى حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض في 24 تشرين الثاني 1977[3]، تأخذ بتحليل مناقض بالنسبة إلى قمع جريمة الإخفاء. وهكذا قررت أن من تلقوا عن حسن نية أشياء منقولة ثم علموا بعد ذلك أنها مختلسة للإضرار بالمالك الحقيقي كانوا مذنبين[4]. فحكم عام 1977 يوفق إذاً بين الحلول لصالح التحليل المدني، وهكذا لا يرتكب جريمة الإخفاء الحائز الذي اكتسب الملكية عن حسن نية واحتفظ بالمال رغماً عن الإنذارات الموجهة إليه لاسترداده.

ب ـ رهن حيازة المنقول.

420 ـ تعرّف المادة 2071 من القانون المدني رهن حيازة المنقول بأنه «عقد يسلم فيه المدين شيئاً لدائنه كتأمين للدين». وفي المادة 2072 من القانون عينه تحديد دقيق إذ نصت على أن «رهن المنقول أو الثابت (رهن الحيازة) لشيء منقول يسمى «رهن حيازة المنقول» أو «رهن حيازة المنقول أو الثابت». يظهر الرهن إذاً كتأمين عيني اتفاقي طالما أنه يعطي الدائن حق استيفاء دينه على الشيء الذي هو موضوعه بالامتياز والأفضلية على غيره من الدائنين» (المادة 2073 من القانون المدني). ويمكن أن يتناول أي منقول مادي أو غير مادي، غير أن العديد من القوانين تنظم بعض أنواع رهن حيازة المنقول[5]. ولن نتطرق هنا إلاّ إلى رهن حيازة المنقول في القانون العام مع التفريق حسبما يتناول شيئاً مادياً أو ديناً.

421 ـ وضع شيء مادي في رهن حيازة المنقول.

يفرض القانون المدني على الفريقين في عقد رهن إنجاز معاملتين، تسليم الشيء للدائن المرتهن أو للغير المتفق عليه وتحرير مستند خطي. وتسوّغ أولى هاتين المعاملتين يكون الرهن عقداً عينياً[6] وهو يقوم أيضاً بدور «شبه العلنية» ذلك بأن نزع الحيازة يُعلم الغير

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 290، صفحة 196 ـ 28 تشرين الثاني 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 300، صفحة 201.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 91.

(3) D. 1978، صفحة 42، تعليق Kehring.

(4) انظر B. Bouloc، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الاسترداد، رقم 137.

(5) على سبيل المثال وفي ما يتعلق بالقيم المنقولة (التي أزيل عنها طابعها المادي منذ القانون المالي في 30 كانون الأول 1981) يتحقق الرهن بإعلان القيم المرهونة أو تحويلها إلى حساب خاص (المادة 23 من القانون 83 ـ 1، 3 كانون الثاني 1983). مثال آخر: الحصص في الشركات المدنية يمكن رهنها ضمن شروط محددة في المادتين 1866 و 1867 من القانون المدني (القانون رقم 78 ـ 9 بتاريخ 4 كانون الثاني 1978).

(6) انظر تكوين العقد، رقم 449.

بالضرورة. والمعاملة الثانية مفروضة فقط لحجية إنشاء الرهن في وجه الغير، بحيث أن الفريقين لا يستطيعان التذرع بعدم وجود وثيقة[1]. وتنص المادة 2074، في صياغتها في قانون 12 تموز 1980، على أن «هذا الامتياز لا يسري على الغير إلاّ أن يكون ثمة عقد رسمي أو ذو توقيع خاص، مسجل حسب الأصول، ومتضمن بيان المبلغ المتوجب، وكذلك نوع الأموال المقدمة للرهن وطبيعتها أو وضع مرفق لصفتها، وزناً وقياساً».

وتطلب الشكل هذا قديم، طالما أنه يعود إلى حكم تسوية في 25 تشرين الثاني 1599. كان الأمر يتعلق، دائماً، بمنع المدين المعسر من إخفاء موجوداته (أصوله) كلها أو قسم منها عن طريق الغش عن ملاحقات دائنيه بتفضيل بعضهم[2]. وترتكز الوسيلة تقيناً على إعطاء العقد تاريخاً أكيداً، ومن هنا تطلب عقد رسمي أو عقد ذي توقيع خاص مسجل.

وكانت المادة 2074، قبل إصلاح 12 تموز 1980، تتضمن فقرة ثانية صيغت كما يلي: «تحرير العقد الخطي وتسجيله ليسا مع ذلك مفروضين إلاّ في المواد التي تتجاوز قيمة 50 فرنكاً». وكانت هذه الصياغة تثير مجادلات. كان يجري التساؤل عما إذا كانت تستهدف موضوع الرهن أو الدين المضمون. وقدر معظم المؤلفين أن تطلب الشكل كان مفروضاً طالما أن موضوع الرهن أو الدين المضمون كان يتجاوز هذا الرقم[3]. وقد ألغى قانون 12 تموز 1980 هذه الفقرة، إلاّ أنه ما يزال التعليل كما لو أنها ما تزال موجودة[4]. إلا أنه يمكن التساؤل عما إذا كان القانون الجديد قد فرض الشكلية في الأحوال جميعاً: ليس ثمة تفريق عندما لا يفرق القانون.

وأياً كان أمر وجهة النظر هذه جرى بيان أن هذا التطلب الشكلي كان هدفه استبعاد تطبيق مبدإ الحجية بقوة القانون باللجوء إلى مقارنات بنصوص أخرى من القانون المدني[5].

ربما من الممكن مقاربة المادة 2074 بالمادة 1341 من القانون المدني التي تنص على أنه «يجب أن يبرم عقد أمام الكاتب العدل أو توقيع خاص لأي شيء يتجاوز مبلغاً معيناً أو قيمة محددة بمرسوم، حتى بالنسبة إلى الإيداعات الإرادية، ولن يقبل أي إثبات عن طريق

---

(1) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف Becqué، رقم 80. ـ Ph. Simler et Ph. Delebecque, Les suretés, la publicité foncière، رقم 436؛ النقض المدني، 25 آذار 1851، الوارد في يوميات الكتابة العدل، الجدول التحليلي والألفبائي 1808 ـ 1865، v، رهن حيازة المنقول، رقم 15 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1976، النشرة المدنية، I، رقم 201.

(2) Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف Becqué، المرجع عينه. ـ Baudry - Lacantinerie, Précis de droit civil، الجزء III، الطبعة الرابعة 1893 رقم 1023 - Ph. Simler et Ph. Delebecque، المرجع عينه، رقم 436.

(3) انظر Groslière، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، v، رهن حيازة المنقول، 1972، رقم 75 ورقم 76.

(4) Ph. Simler et Ph. Delebecque، المرجع عينه.

(5) M.Biliau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 27.

الشهود ضد محتوى العقود أو غير محتوى هذه العقود، ولا على ما يمكن التذرع بما سبق قوله». ويلاحظ بالفعل شبه بين صياغتي هاتين المادتين. بيد أنه لن يكون ثمة التباس ذلك بأن القاعدة هي أي نص المادة 1341 لا تتعلق إلاّ بالفريقين وخلفائهما الكليين باستثناء الغير[1].

وتطلب الشكل إذاً في المادة 2074 يحارب مبدأ الحجية لأن العقد، مع أنه صحيح تجاه الفريقين، محروم من الفعالية تجاه الغير في حال عدم وجود وثيقة. وبالفعل ينبغي أن يكون محتجاً به تجاه الغير ما دامت شروط الأساس مجتمعة، أي التقاء الإرادتين وتسليم الشيء للدائن أو للغير المتفق عليه، طالما أن الأمر يتعلق بعقد عيني. وهكذا كانت الحال في القانون القديم قبل حكم التسوية بتاريخ 25 تشرين الثاني 1599 وكذلك قبل إصلاح عام 1980 في ما يختص ببعض رهونات حيازة المنقول.

ويمكن أن يكون هذا التحليل موضوع نقد مستخرج من الذريعة بأن المادة 2074 تذكّر بالمادة 1328 التي تخضع الحجية المسماة «الحجية الصالحة لإثبات» عقد لتطلب تاريخ أكيد. ويمكن الرد على ذلك بأن القاعدة الخاصة المتعلقة برهن حيازة المنقول هي قاعدة أساسية. وليست قاعدة إثبات ما دام أن إنجازه يتوقف على الوجود ذاته لامتياز الدائن المرتهن، مما يتيح تسويغ امتداد الشكلية بقانون 12 تموز 1980.

ومبدأ الحجية هو هنا أيضاً معتبر أنه قد فشل.

وليس هناك سوى رهن حيازة للمنقول التجاري ينشئه التاجر الذي، عن طريق الاستثناء، يعفى من تحرير مستند خطي من أجل حجيته تجاه الغير استناداً إلى المواد 91 إلى 109 من قانون التجارة[2].

على أن المادة 91، الفقرة، 4، من قانون التجارة لا تعفي الفريقين في رهن حيازة المنقول التجاري من معاملة المستند الخطي عندما يكون موضوع الرهن ديناً منقولاً.

وبحسب هذا النص «لا يُشذ عن أحكام المادة 2075 من القانون المدني في ما يتعلق بديون المنقولات التي لا يمكن فيها أن يكون صاحب الامتياز محجوزاً عليه تجاه الغير إلا بإبلاغ النقل الذي يقوم به المدين». وتُفرض الإحالة إلى أحكام القانون المدني العودة إلى القانون العام للرهن المدني طالما أن هذه الأحكام تحدد أن «العمل الموثق أو ذا التوقيع الخاص، المسجل حسب الأصول، يبلغ للمدين بالدين المعطى مقابل الرهن أو المقبول منه في عقد موثق».

واستنتج الاجتهاد منطقياً من ذلك أن تحرير مستند خطي كان معاملة ضرورية لتكوين

---

(1) المدخل العام، رقم 595 والاجتهاد المستشهد به، التعليق رقم 94، خاصة الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 شباط 1968، النشرة المدنية، I، رقم 30، صفحة 20.

(2) Ph. Simler et Ph. Delebecque، Ripert et Roblot ـ المرجع عينه، الجزء II، رقم 2601.

هذا النوع من الرهونات لإعطاء الدائن حق أفضلية[1]. وهذا الحل كان موضع انتقاد[2]. فأثير الطابع القديم للقرارات المتخذة للتساؤل عما إذا كان الأمر متعلقاً باجتهاد «مهجور»[3]. ولا يحمل هذا البرهان على الإقناع بالضرورة إذ من المعروف أن الاجتهاد يندمج بالقانون[4] وليس ثمة إلغاء للقانون بالقِدم[5]. إن هذا الاجتهاد في الحقيقة تطبيق صلب، وإنما صحيح، للقول المأثور الخاص يشذ عن العام[6].

422 ـ وضع دين في رهن حيازة المنقول.

رأينا أن الاحتفاظ بامتياز الدائن المرتهن تجاه الغير خاضع لشرطين: تنظيم مستند خطي والوضع بتصرف الدائن المرتهن. وهذه المعاملة الأخيرة تترجم، في الحالة الخاصة، بتسليم الدائن السند[7]، مما يطرح المسألة المسبقة لمعرفة ما إذا كان الدين المجرد من السند يمكن وضعه في الرهن.

وقد حكمت محكمة النقض في القرن التاسع عشر بأن رهن الدين كان خاضعاً لتسليم الدائن السند[8]. واستنتج من ذلك بصورة خاصة أن الدين إذا كان مجرداً من السند فلا يمكن أن يكون موضوع رهن[9]. وكان القانون العام للرهن يطبق بلا قيد أو شرط[10]. ولم يكن مبدأ الحل هذا بدون سيئات بالنسبة إلى الائتمان. وهكذا جددت محكمة النقض، بدون التخلي عنه كلياً، مجاله في حكم هام في 10 أيار 1983 بحكمها أن «الوضع بالتصرف

---

(1) النقض المدني، 19 حزيران 1860، يوميات الكتابة العدل، 1960، البند 16896، صفحة 430، وبناء على إحالة محكمة استئناف روان، 24 كانون الثاني 1861، يوميات الكتابة العدل، 1861، البند 17083، صفحة 205، ـ نقض 27 تشرين الثاني 1865، Dalloz الدوري 66، 1، 56؛ Sirey 66، 1، 60. ـ غرفة العرائض، 13 نيسان 1879، Sirey 81، 1، 157. ـ النقض المدني، 27 كانون الأول 1904، Dalloz الدوري 1906، 1، 145.

(2) Ripert et Roblot, Traité de droit commercial، الجزء I، منشورات L.G.D.J.، الطبعة الحادية عشرة، 1988، رقم 2605.

(3) M.Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1993، رقم 686.

(4) انظر المدخل العام، رقم 444 ورقم 445.

(5) انظر حول هذا المبدإ النقض المدني في 25 كانون الثاني 1841، يوميات الكتابة العدل، 1841، البند 10875، صفحة 90.

(6) القاعدة أن تبني قانون عام لا يؤدي حكماً إلى إلغاء قانون خاص يبقى بصفة استثنائية. انظر على سبيل المثال النقض التجاري في 4 كانون الأول 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 330، صفحة 268.

(7) نزع الحياة هذا يبقى صنعياً. انظر التأمينات العينية تأليف J.Mestre, E. Putiman et M.Billiau.

(8) حكم غرفة العرائض، 11 حزيران 1846، Dalloz الدوري 46، 1، 252. ـ النقض المدني في 19 شباط 1894، Dalloz الدوري 94، 1، 420، S. 94، 1، 273، تعليق LYON-CAEN، يوميات الكتابة العدل، 1894، البند 25543، صفحة 661.

(9) انظر يوميات الكتابة العدل، الجدول، 1808 ـ 1865، v، رهن حيازة المنقول، رقم 21 ورقم 22.

(10) انظر بالنسبة إلى العرض الشامل لهذه المسألة D Legeais. Les garaties conventionnelles sur créances، أطروحة منشورة في Economica، 1986، توطئة لـ J.Stoufflet، ومقدمة Ph. Rémy، رقم 39 وما يليه، صفحة 29 وما يليها. Planiol et Ripert، الجزء XII، تأليف Becqué، رقم 95.

يتحقق بشكل كافٍ عندما يتناول الرهن ديناً ويكون النقل مستحيلاً بإبلاغ المدين الدين المعطى مقابل رهن[1]. إن مدى هذا الحكم محدود لأن الإعفاء من تسليم السند يفترض بالضرورة استحالة مادية. فالحل التقليدي إذاً في الحالات الأخرى يستمر تطبيقه.

بعد حل هذه المسألة المسبقة يبقى التساؤل حول شروط الحجية تجاه الغير الذي يشمل المدين ودائني منشىء الرهن باعتبارهم معنيين بصورة خاصة بإنشاء التأمين.

فالمدين بالدين موضوع الرهن هو غير بالنسبة إلى عقد الرهن. والحال أن إعلامه يبدو مأمولاً ذلك بأنه يمكن أن ينقاد إلى التحرر بين يدي الدائن المرتهن. كما أن إنشاء التأمين يهم دائني منشىء الرهن على وجه الخصوص[2] بسبب تصغير حقهم في الرهن العام (المادة 2092 من القانون المدني). والحال أنه من الأكيد أن التصغير، من أجل إخراج مفاعيله، يجب أن يكون محتجاً به تجاه الغير.

إن تنظيم العلنية القانونية يتجاوب مع هذا الاهتمام. وتسليم السند الذي يحقق الدين هو بالتأكيد شكل من العلنية، ولكنه ليس الشكل الوحيد، وقد رأينا أن الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض لا يفرضه دائماً. والمادة 2075 التي تذكّر بالمادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بحوالة الحق[3] تنظم شكلاً آخر من العلنية. وحسب هذا النص «عندما ينشأ الرهن على منقولات غير مادية، كديون المنقولات، يبلغ العقد الموثق أو ذو التوقيع الخاص، المسجل وفقاً للأصول، إلى المدين بالدين موضوع الرهن أو المقبول منه في عمل موثق».

وتطرح مسألة معرفة ما إذا كانت معاملات المادة 2075 إلزامية، أو على العكس، من الممكن استبدال غيرها بها. وانطلاقاً من دراسة الاجتهاد والاستدلال عن طريق المماثلة بأحكام المادة 1690 من القانون المدني يأخذ السيد Legeais[4] بأن المعاملات القانونية المنصوص عليها إلزامية من حيث المبدأ؟ بيد أنه يقتضي القبول ببعض التلطيف. وفي الحقيقة يبدو نظام حجية رهن حيازة المنقول حول الدين يجب يستنسخ بصلابة عن نظام حوالة الحق[5].

وما تهم الإشارة إليه هو أن مبدأ الحجية بقوة القانون مستبعد بتطلب العلنية.

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 142، صفحة 142؛ Dalloz 1984، صفحة 433، تعليق Legier؛ فهرس Defrénois، 1984، رقم 33161، تعليق A.Piedelievre.

(2) D. Legeais، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 46 وصفحة 47.

(3) انظر الرقم 390 السابق.

(4) D.Legeais، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 81 وما يليه، صفحة 52 وما يليها.

(5) انظر الرقم 390 السابق.

III ـ الخصائص غير المادية[1]

423 ـ يبدو أن القانون الوضعي مؤيد لتطبيق مبدأ الحجية تجاه الجميع في ما يتعلق بنقل الملكية غير المادية غير الخاضعة للعلنية أو التي يكون مجال العلنية محدداً فيها.

الحل أكيد بالنسبة إلى بيع مؤسسة تجارية. وهكذا حكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض في 17 تموز 1930 «بأن نقل ملكية مؤسسة تجارية، وهي شيء منقول غير مادي، في حال بيعها، عندما يكون الفريقان متفقين على الشيء وعلى الثمن، يتم بقوة القانون بمفعول الاتفاقية وحده، في علاقات الفريقين وتجاه الغير»[2]. ويعني ذلك تأكيد أن العقد هو بطبيعته محتج به تجاه الغير بالطريقة عينها التي كان فيها العقد الذي يكون موضوعه نقل الملكية العقارية محتجاً به قبل إنشاء العلنية العقارية، وذلك أيضاً تكريس لتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق.

واستنتجت المحكمة العليا من ذلك أنه «إذا كان ثمة نزاع بين مكتسبي ملكية متعاقبين لمؤسسة واحدة، فإن حل النزاع يجب أن يستند إلى تاريخ عقدي كل منهما»، وينبغي الاستنتاج من ذلك أن علنية بيع مؤسسة تجارية المنصوص عليها في قانون 17 آذار 1909[3] ليست شرطاً لحجية العقد تجاه الغير وإنما فقط تجاه من تقصده على وجه الخصوص، أي الغير دائن المتفرغ.

وكان هذا الحل موضع أسف ذلك بأنه كان من الممكن حل النزاع عن طريق أفضلية التسجيل في سجل التجارة[4]. وجرى التساؤل أيضاً عما إذا كان من المناسب الأخذ في الحسبان الوضع بالتصرف وتسوية النزاع بتطبيق المادتين 1141 و 2279 من القانون المدني[5]، وذلك بأن بعض عناصر المؤسسة له طبيعة مادية. على أنه يمكن الأخذ، في اتجاه معاكس، بأن المؤسسة التجارية تشكل مجموعة غير قابلة للانفصال عن مختلف العناصر التي تكوّنها، مما يضفي عليها طبيعة مال غير مادي منقول[6]. والحال أن الاجتهاد

---

(1) J.Boulanger, Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1935، رقم 23 وما يليه، صفة 583، وما يليها ـ J.Duclos، الأطروحة المذكورة سابقة رقم 156 وما يليه، صفحة 185 وما يليها.

(2) Sirey 1931، 1، 225، تعليق Hubert.

(3) انظر الرقم 444 اللاحق.

(4) Ripert et Roblot, Traité de droit commercial، الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، منشورات L.G.D.J.، 1993، تأليف M. Germain، رقم 611. ويأسف J.Duclos، لأن المشترع لم يستلهم قواعد العلنية العقارية، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 272، صفحة 303.

(5) Ripert et Roblot، الجزء I، تأليف M.Germain، رقم 611.

(6) Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français، الجزء III، تأليف M.Picard، منشورات L.G.D.J، الطبعة الثانية، 1952، رقم 109، صفحة 111.

يأخذ بأن قاعدة «الحيازة في المنقول سند للملكية» لا تطبق على الأموال غير المادية[1]. ينبغي إذاً الاستخلاص، مع Jean Boulanger، أن وجود الملكية، طالما أنه لا يمكن الكلام على الحيازة بالمعنى التقني، يجب أن تعتبر في ذاتها بقطع النظر عن إبداء خارجي»[2].

ويبدو أن مبادىء مماثلة يقضتي أن تسوس إنشاء حق الانتفاع من مؤسسة تجارية. ويأخذ بعض المؤلفين مع ذلك بأن حق الانتفاع يخضع للعلنية عندما يتم بين الأحياء بعوض[3]. غير أن هذا الرأي منازع فيه عندما لا تتعلق العلنية إلاّ بالدائنين المسجلين بالنسبة إلى المال. يمكن إذاً، تجاه قصدية العلنية، تقدير أن النزاع بين منتفعين متعاقبين من المال عينه يجب أن يحل بتطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق.

ويبدو أن الاجتهاد الحديث، في ما يتعلق بالخاصيات غير المادية الأخرى، ومنها الملكية الأدبية والفنية والحق في الزبن المدنيين الذين هم في التجارة[4]، لم تسنح له فرصة البت بالنزاعات بين خلفاء مورث واحد بصفة خاصة.

ومن المسموح به التفكير في أن هذه النزاعات يجب حلها عن طريق الرجوع إلى القوى المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق. على أنه ينبغي الأخذ في الحسبان احتمال تطبيق المادة 1328 من القانون المدني[5]، وفي هذه الحالة يتغلب من كان تاريخ عقده أكيداً[6].

---

(1) النقض المدني، 26 كانون الثاني 1914، Dalloz الدوري 1914، 1، 112؛ S. 1920، 1، 27؛ يوميات الكتابة العدل، 1914، البند 30920، صفحة 471.

(2) المقالة المذكورة سابقاً رقم 25، صفحة 587.

(3) Planiol et Ripert، الجزء III، تأليف M.Picard، رقم 765.

(4) التنازل المباشر عن الزبن المدنيين ولاسيما الطبيين على العموم غالباً ما تعلن المحاكم بطلانه، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1984، Dalloz 1986، صفحة 448، تعليق J.Penneau. على أن محكمة النقض تقبل صحة الاتفاقية التي تتناول مجرد حق تقديم (الحكم ذاته) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 9، صفحة 9؛ Dalloz 1986، صفحة 448، تعليق J.Penneau؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، II، 20545، تعليق G. Méméteau؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 91، رقم 3، ملاحظة J.Mestre. وكذلك: بالنسبة إلى صحة عقد موضوع حق تقديم كاتب عدل، الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 224، صفحة 201؛ فهرس Defrénois، 1986، صفحة 785، ملاحظة J.-L. Aubert؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة N، 1986، صفحة 253، تعليق M.Dagot؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 88 رقم 2، ملاحظة J.Mestre. وكذلك F.Zenati. ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، صفحة 560 وما يليها. انظر تكوين العقد، رقم 807.

(5) انظر الرقم 360 السابق.

(6) J.Boulanger, Les conflits...، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 25.

الفقرة 2 ـ مفاعيل الحجية تجاه الخلفاء الخاصين

424 ـ رأينا أن العقود التي يكون موضوعها حقاً عينياً كان محتجاً بها تجاه الغير بمعنى أنه لا يمكنه أن يتنكر لها إذا تحققت بعض الشروط.

وهكذا تتأمن فعالية العقد عن طريق مبدأ الحجية، بيد أن طبيعة العقد التي تشكل موضوعه تقود أحياناً إلى الاعتراف بمفاعيل أشد فعالية: يمكن أن يكوه مفعول الحق العيني إجبار الخلف بصفة خاصة، بدون أن يكون فريقاً، حتى مرتبطاً، بالاتفاقية لاحقاً لإبرامها[1].

425 ـ يبين القانون الوضعي أولاً أن الخلف بصفة خاصة يمكن إلزامه فرضياً.

تنص المادة 2166 من القانون المدني على أن «الدائنين المتمتعين بامتياز أو رهن عقاري مسجلين على أحد العقارات يتتبعونه في أي أيدٍ انتقل إليها لترتيب درجتهم وتأمين الدفع لهم وفقاً لترتيب دينهم أو تسجيله». وهذا النص يكرس حق دائن الرهن العقاري في التتبع الذي قدمه Becqué على أنه «مفعول الحق العيني في الرهن العقاري القابل للاحتجاج به ضد الجميع»[2].

وهكذا بإمكان الدائن حجز العقار على الغير الحائز. على أنه جرى التشديد على أن الغير الحائز الوقتي غير ملزم إلاّ كمالك للعقار، أي بحكم الشيء[3]. إن الملاحظة صحيحة ولكنها لا يمكن أن تؤدي إلى نسيان أن الحجز موجه ضد الغير. أنه ملزم بحكم الشيء، ولكنه ملزم في أي حال. والغير الذي يمارس حق التتبع ضده هو الخلف بصفة خاصة وليس الخلف الكلي للمدين، الملزم بالدين بهذه الصفة[4]. يلاحظ إذاً أن الخلفاء بصفة خاصة هم ملزمون فرضياً بموجب حق التتبع المعطى لدائن الرهن العقاري استناداً إلى العقد المنشىء للتأمين.

وهكذا يمكن أن يكون الخلف بصفة خاصة ملزماً حالياً في بعض الحالات.

426 ـ تلزم الحجية حالياً الخلف بصورة خاصة عندما يتحلل الموجب الملقى على عاتق مورثه كارتفاق.

تكشف طريقة الارتفاقات ببريق خاص «إشعاع الحق العيني»، على سبيل تبني تعبير السيد Goutal[5]. الذي تترجمه حجية معززة[6].

---

(1) M.Billiau, L'opposabilité des contrats ayant pour objet un droit réel، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3.

(2) Planiol et Ripert، الجزء XIII، رقم 1069.

(3) Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، رقم 1073.

(4) Planiol et Ripert، الجزء XIII، تأليف E. Becqué، المرجع عينه Ph. Simler et Ph. Delebecque المذكورين سابقاً، رقم 346.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 79، صفحة 64.

(6) M.Goutal (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 134) يعارض استعمال النعت «مطلق» المرتبط في الغالب بالحق العيني.

وحسب المادة 686 من القانون المدني «يجوز للمالكين أن ينشئوا على أملاكهم أو لصالح هذه الأملاك الارتفاقات التي يشاؤون شرط أن لا تكون الارتفاقات المنشأة مفروضة على الشخص أو لصالح الشخص وإنما فقط على عقار ومن أجل عقار، وشرط أن لا تكون في شيء ضد الانتظام العام».

وجرى الاستنتاج من ذلك أنه لا يمكن فرض ارتفاق اتفاقي إلاّ على العقار وليس على الشخص وأن تفيد العقار لا الشخص. والأمر يتعلق بتجنب العودة إلى نظام إقطاعي بمنع أن يوضع على أحدهم موجب إيجابي أبدي[1].

وقد طرحت أمام المحاكم مسألة معرفة ما إذا كان أحد العقود الذي يتضمن موجباً ينشىء فقط تعهداً شخصياً أو ما إذا كان الأمر يتعلق، على العكس، بارتفاق ينشأ لصالح عقار.

فإذا تعلق الأمر بمجرد موجب شخصي فهو لا يفرض على الخلف بصفة خاصة. وبالفعل من الثابت في القانون الوضعي، في ما يتعلق بالحق في دين، أن «مكتسب ملكية مال بصفة خاصة لا يخلف مورثه بقوة القانون في الموجبات الشخصية»[2]. وهذا يؤكد بوضوح أن الحق الشخصي مرتبط بالشخص وبالتالي غير قابل للنقل قانوناً؛ وبكلمة واحدة لا يفرض على الخلف بصفة خاصة. وليس الأمر على عكس ذلك إلاّ في حالة اشتراط صريح يثبت موافقة الخلف[3]، مع مراعاة الأحكام القانونية الخاصة[4]. وبالمقابل، إذا تعلق الأمر بارتفاق، فهو يرتبط بالعقار ويفيد الخلف الخاص أو يُضرّ به حسب الحالات.

لذلك نرى الفارق الأساسي بين الحق العيني والحق في الدين: حجية الحق العيني تجاه الخلف بصفة خاصة تعني أنه سيكون ملزماً شخصياً. وتتوقف حجية الحق تجاه الحلف

---

(1) A.Weill, F.Terré et Ph. Simler المذكورين آنفاً، رقم 821. ـ Carbonnier, Droit civil، المجلد 3، الأموال، منشورات PUF، الطبعة الثانية عشرة، 1988، الفقرة 53 ـ G. Baudry - Lacantinerie et Chauveau, Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens، الطبعة الثالثة، 1905، رقم 1078، صفحة 811 وصفحة 812.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 163، صفحة 88؛ Dalloz 1989، صفحة 157، تعليق Ph. Malaurie؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 577، ملاحظة F.Zénati. انظر Lepargneur, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 481.

(3) انظر حول المبدأ: حكم غرفة العرائض، 16 تموز 1989، Dalloz الدوري 90، 1، 440 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، III، رقم 15، صفحة 10؛ Dalloz 1971، صفحة 116 من الموجز؛ مجلة قصر العدل، 1971، 1، 219. انظر مع ذلك بالنسبة إلى اشتراط ضمني، حكم غرفة العرائض، 17 شباط 1931، (قضيتان)، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663.

(4) انظر على سبيل المثال المادة 122 ـ L. 12 البند 2 من قانون العمل: «إذا حصل تعديل في الوضع القانوني للمستخدم، ولاسيما عن طريق الخلافة، أو الاندماج أو البيع أو نقل المال، أو الوضع في الشراكة، تبقى جميع عقود العمل النافذة في يوم التعديل قائمة بين المستخدم الجديد وجهاز موظفي المؤسسة».

بصفة خاصة، وهو غيرٌ في العقد، على وصف البند[1].

وتشهر أمثلة عديدة هذه المبادىء.

كان الزوجان Mayoux قد باعا شركة Cafipa-Sicomi قطعة أرض للبناء في عام 1973 مع اشتراط «أن تمتنع الشركة مكتسبة الملكية حتماً، وكذلك حائز والحقوق منها، عن أن تستثمر على قطعة الأرض المباعة تجارة المنتجات النفطية للسيارات». وأقامت شركة Prétabai-Sicomi التي حلت في الحقوق محل شركة Cafipa-Sicomi محطة خدمة وقاضت الزوجين Mayoux لإبطال بند المنع. وطلب المدعى عليه فرعياً إبطال البيع واستدعى الكاتب العدل، محرر البيع، لإعلان حكم مشترك. وأبطلت محكمة الاستئناف البند المنازع فيه. فقدم الكاتب العدل طعناً للنقض جرى رده بحجة: «أن الحكم، بعد أن بيّن أن البند كان موضوعه حماية النشاط التجاري الذي يمارسه السيد Mayoux في عقار كائن قرب قطعة الأرض المباعة من المنافسة التي يمكن أن تسببها له ممارسة تجارة مماثلة على قطعة الأرض هذه، أخذ عن وجه حق بأن بنداً كهذا يضع على عاتق شركة Prétabail Sicomi ومن يحلون محلها في حقوقها موجباً شخصياً لا تتضمن مدته أي حد هو باطل»[2].

كان البطلان هنا سببه على وجه الخصوص عيب التأبيد الذي كان يشوب الموجب[3].

وعلى عكس ذلك جرى في قضية أخرى نقض حكم محكمة استئناف لأنه أبطل بند عدم المنافسة بكونه يمس مبدأ حرية التجارة والصناعة. فقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض بأن بنداً يحظر على أي شاغل حظيرة مسقوفة من الجانبين أو مكتسب ملكيتها أن ينشىء فيها مرآباً أو يستثمره أو محطة خدمة كان غير مشروع استناداً إلى المادة 686 من القانون المدني، وأن محكمة الاستئناف، بالحكم خلاف ذلك، انتهكت قانون 2 ـ 17 آذار 1991 بإساءة تطبيقه[4]. وأكدت الغرفة المدنية الثالثة، في 24 آذار 1993، هذا التحليل بحكمها بأن منع مكتسب ملكية عقار من تخصيصه لاستعمال محدد يمكن أن يكون بمثابة عبء على إرث لصالح إرث آخر ويرتدي هكذا طابع ارتفاق[5].

وهكذا إذاً لا ينتقل اشتراط يحوي موجباً شخصياً إلى الخلف بصورة خاصة وهو مشوب بالبطلان إذا كان أبدياً، بيد أنه إذا تم الأخذ بوصف الارتفاق فإنه ينتج مفاعيل معاكسة.

---

(1) A.Weill, Fr. Terré et Ph. Simler المذكورين سابقاً، رقم 805، صفحة 824.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 آذار 1987، النشرة المدنية، III، رقم 59، صفحة 35.

(3) انظر حول معاقبة التعهدات الشخصية الأبدية الرقم 192 السابق.

(4) النقض التجاري، 5 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 136؛ Dalloz 1988، صفحة 360، تعليق Chr. Mouly, Chr. Atias. قارن بحكم الغرفة التجارية في 15 تشرين الأول 1968، 1969، صفحة 98 الذي رأى، بالاحتماء جزئياً وراء سلطة قضاة الأساس السيدة في التفسير، أن بند عدم المنافسة لم ينتقل إلى الخلف في المؤسسة.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 45، صفحة 29؛ Dalloz 1993، صفحة 307 من الموجز، ملاحظة A.Robert.

إكن هذه الأحكام تعزز مقصد السيد Goutal وبمقتضاه مفهوم الحق العيني وسيلة لنقل مكان موجب العقد»[1]. ومن الواجب أن يضاف: بتقنية الحجية.

وفرضية بند السكن في المدينة هي أيضاً نموذجية. ففي حكم 30 حزيران 1936[2] حكمت محكمة النقض «بأن موجب السكن في المدينة يشكل بالضرورة موجباً مفروضاً على الأشخاص بالنسبة إلى الزمن، المحدد إضافة إلى ذلك، حيث يسكنون عقاراً معيناً. ومنع مالك عقار من تخصيصه لاستعمال آخر يرتدي طابع خدمة مرتبطة بالعقار ذاته لمصلحة عقار آخر»

والرهان هو ذاته دائماً: هل يفرض بند السكن في المدينة على مكتسب الملكية الثاني؟ أجل إذا تعلق الأمر بارتفاق وليس في الحالة المعاكسة.

وينجم عن الارتفاق القائم اتفاقياً أن قضاة الأساس، عندما يكون العقد غامضاً أو ملتبساً، يملكون، مبدئياً، سلطة تفسير سيدة ويعود إليهم البحث بسيادة عن إرادة الفريقين المشتركة وتقرير ما إذا كان العقد يتضمن ارتفاقاً أو موجباً شخصياً[3]. والتأكيد يجب تحديده بدقة لأن محكمة النقض تراقب استنتاج النتائج القانونية للتحققات الواقعية التي يعتمدها قضاة الأساس[4].

يضاف إلى ذلك أن الحقوق ليست جميعها قابلة لأن تزدان بفضائل ارتفاق ولو أراد الفريقان ذلك. يجب أيضاً أن يكون الحق قابلاً لأن تكون له منفعة للعقار الذي أعطي من أجله[5].

والاجتهاد اليوم، بعد تردد[6]، مستقر في هذا الاتجاه بأن حق الصيد البري لا يمكن أن تكون له طبيعة عينية لأنه يوفر فقط موافقة مالك العقار لصالح من أعطي له[7].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114 وما يليه، صفحة 87 وما يليها.

(2) النقض المدني، 30 حزيران 1936، Dalloz الدوري 1938، 1، 65، تعليق A.Besson؛ S. 1937، 1، 16، تعليق Vialleton.

(3) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 أيار 1980، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 66 - J.Boré, La cassation en matière civile، منشورات Sirey، 1980، مقدمة P.Raynaud، رقم 1661، الاجتهاد المستشهد به.

(4) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 آذار 1987، الحكم المذكور سابقاً.

(5) ولذلك كان يدرّس أن بنود عدم المنافسة لا يمكن أن ترتدي صفة ارتفاق، ذلك بأنه، كما قيل، «ليس المستفيد الحقيقي حائز المؤسسة التجارية أو الصناعية وليس من علاقة طبيعة بين موضوعها، واستعمالها، أو منفعة العقار ذاته»، Planiol et Ripert، تأليف M.Picard، المذكورين سابقاً، رقم 946، صفحة 924. أضف إلى ذلك A.Robert، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، v، الارتفاقات، 1990، رقم 111 ورقم 112. وقد استبعد الاجتهاد الأحدث هذه البرهنة، انظر الحكم المستشهد به سابقاً بتاريخ 15 تموز 1987.

(6) G.Baudry - Lacantinerie et M.Chauveau المذكورين سابقاً، رقم 1074، صفحة 807، الاجتهاد المستشهد به وكذلك المؤلفون، التعليق 2.

(7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 شباط 1980، Dalloz 1980، الصفحة 272 من التقرير، والاجتهاد المستشهد به.

427 ـ للحجية أيضاً في بعض الأحيان مفعول نقل موجب إيجابي إلى الخلف تبعاً لنقل العقار.

في معنى أول كان تعريف موجب بالنظر إلى الشيء أنه «الموجب الذي ينتقل إلى الخلف بصفة خاصة من جهة أولى، والذي لا يمكن التحرر منه بالتخلي عنه من جهة ثانية»[1]. ومنفعته العملية لا تقبل الجدل طالما أن في الفكر عدم إمكانية فرض سوى امتناع على الغير، أي تقديم سلبي، والوريث الخاص لعقار مثقل بارتفاق غير ملزم، مبدئياً، إلاّ بموجب عدم الفعل، أي بموجب سلبي.

على أنه يمكن أن يكون من المفيد فرض بعض التقديمات الإيجابية على مالك العقار المرتفق به. ومن الضروري أن تفرض هذه التقديمات على الخلف بصفة خاصة. بيد أن العقد بكونه ينشيء موجب فعل على عاتق الفريقين لا يمكن إلاّ أن يكون موقتاً. وإلاّ كان ثمة تعهد أبدي محظور. والحال أن وصف موجب بالنظر إلى الشيء يتيح إضفاء دوام عليه ليس له بالطبع، بوسمه بصفة حق عيني؛ ويتبع ذلك في منطق سليم أنه يفرض أيضاً على الخلفاء بصفة خاصة كأي حق عيني.

غير أن الموجب العيني يجب أن يبقى تابع الارتفاق، وإلاّ أصبح التحظير الوارد في المادة 686 من القانون المدني فارغ الماهية[2].

ولن يحقق الهدف المنشود ـ فرض موجب إيجابي على الوريث بصفة خاصة ـ إلاّ عن طريق إعادة وصف الموجب الشخصي «بوصف الموجب بالنظر إلى الشيء».

---

(1) انظر H.Aberkane, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français، أطروحة منشورة في L.G.D.J.، مقدمة M.Fréjaville، رقم 1، صفحة 2. وكذلك A.Weill, Fr. Terré, et Ph. Simler, Les biens، الطبعة الثامنة، 1985، رقم 806.

(2) A.Weill, Fr. TERRÉ, et Ph. Simler، المرجع عينه.

الفصل الثاني

الأنظمة الخاصة

428 ـ تخضع الحجية لنظام خاص عندما يكون العقد خاضعاً لعلنية قانونية ولها أيضاً خاصيات بارزة تجاه الدعوى البوليانية (أو البولصية)، وعندما تكون هناك صورية.

القسم 1

العلنية القانونية للعقود

429 ـ ليس لأشكال العلنية جميعاً الموضوع نفسه، بعضها إعلامي بمعنى أنه لا يفترض صحة العقد ولاحجيته، وبعضها منشىء لأن إتمامها يتوقف على وجود العقد ذاته، وبعضها الأخير يوصف أحياناً «بالتعزيزي»[1]. لأنه لا يتعلق إلاّ بحجية العقد تجاه الغير. وسنتفحص هذه الفئة الأخيرة وحدها لأن العلنية في القانون الفرنسي ليس موضوعها التطهير من العيوب القابلة لأن تفسد العقود[2].

وسندرس بعد تعداد العقود الرئيسية الخاضعة للعلنية معاقبة عدم وجود العلنية.

الفقرة 1 ـ العقود الخاضعة للعلنية

430 ـ منذ نفاذ التقنين النابوليوني ازداد عدد العقود الخاضعة للعلنية بشكل كبير، إلاّ أنه جرى التشديد، بصواب، على أنه لم يكن هناك قانون للعلنية القانونية[3].

ويلاحظ أن العلنية القانونية للعقد تتحقق بعدة تقنيات: يمكن أولاً أن تكون عامة ومجردة، ثم يمكن أن تكون للشخص.

(1) C-T. BARREAU - SALIOU, Les publicités légales, Information du public et preuve des actes، منشورات L.G.D.J.، 1990، حلقة مناقشة قانون الأعمال، مقدمة J.GHESTIN، رقم 7.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 17 وما يليه.

(3) انظر: J.BOULANGER, Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1935، رقم 2.

(4) انظر: C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 3.

I ـ العلنية العامة والمجردة

431 ـ تتحقق بتقنيتين: التسجيل في السجل العمومي أو النشر في إحدى الصحف، صحيفة الإعلانات القانونية على وجه العموم.

أ ـ التسجيل في السجل العمومي

432 ـ ثمة عدد كبير من العقود يقتضي تسجيله في بطاقيات عقارية أو في سجلات أخرى.

١) التسجيل في البطاقية العقارية

433 ـ نظم مرسوما 4 كانون الثاني 1955 و 14 تشرين الأول 1955 حالياً العلنية العقارية. ويحوي هذا النصان إسهاماً إلزامياً من جهة أولى، وإشهاراً اختيارياً لبعض العقود وبعض الأعمال غير العقوبة من جهة ثانية[1]، بدون أن يسوسا مباشرة نظام الرهونات العقارية والامتيازات العقارية وهبات أموال قابلة للرهن العقاري بين الأحياء.

434 ـ تتعلق المادة 28 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 بالإشهار الإلزامي.

إن العقود التي تتناول حقوقاً عينية وكذلك بعض العقود التي يكون موضوعها حقاً شخصياً فقط هي المعنية بهذا النص.

فالمادة 28 تنص على أن «تُشهر إلزامياً في مكتب الرهونات العقارية لوضع العقارات:

1 ـ جميع الأعمال، حتى المقترنة بشرط معلق (أو موقف)، وجميع القرارات القضائية التي تتعلق أو تثبت بين الأحياء من:

أ) نقل حقوق عينية عقارية غير الامتيازات والرهونات العقارية أو إنشائها التي تحفظ حسب الكيفيات المنصوص عليها في القانون المدني[2]؛

ب) الإيجار لمدة تفوق اثنتي عشرة سنة، حتى بالنسبة إلى الإيجار لمدة أقل، المخالصة أو التنازل عن مبلغ معادل لبدل إيجار ثلاث سنوات أو إيجار الأرض الزراعية غير المستحق؛

2 ـ الأعمال بين الأحياء المنظمة بوضوح لإثبات بنود عدم قابلية التصرف الموقت وأي

---

(1) انظر حول مجمل المسألة A.FOURNIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، ٧، العلنية العقارية، 1988.

(2) بالنسبة إلى هذا النص، إيجار إعادة التأهيل الذي أنشأه قانون 31 أيار 1990 والمدخل في قانون البناء والإسكان يجب إشهاره لأن المستأجر يحوز حقاً عينياً عقارياً قابلاً للرهن العقاري (المادة 252 ـ L. 2). وقد حُكم بأن ارتفاقات تقسيم الملكية إلى حصص يجب إشهارها لتكون قابلة للاحتجاج بها في وجه مكتسب ملكية حصة، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 أيار 1991، النشرة المدنية، III، رقم 151، صفحة 88.

تقييدات أخرى لحق التصرف، وكذلك البنود القابلة لأن تؤدي إلى حل العقود الخاضعة للعلنية وفقاً لما ورد في الرقم 1 أو فسخها، وكذلك القرارات القضائية التي تثبت من وجود بنود كهذه، والقرارات القضائية التي توقف أو تعدل برنامج استمرار المؤسسة الصادرة تطبيقاً للفصل II من القانون رقم 85 ـ 98 بتاريخ 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بالتقويم القضائي والتصفية القضائية للمؤسسات بإعلان عدم قابلية التصرف الموقت لمال عقاري يعود إلى المدين ضمن شروط المادة 70 من القانون المذكور.

وتخضع أعمال أخرى للعلنية الإلزامية في المادة 28، وإنما إذا اكتفينا بتعداد العقود الخاضعة للعلنية يمكن إيراد اتفاقيات الشيوع العقاري وحسب.

ويحوي بعض النصوص الخاصة، على هامش المادة 28، الإشهار الإلزامي أيضاً لبعض العقود كالمادة 221 ـ L. 6 من قانون البناء والإسكان التي تبين أن عقد التنشيط العقاري يعتبر أنه يتضمن تقييداً لحق التصرف بمعنى المادة 28 ـ 2. ويتعلق نص مماثل بعقد الإجارة النافذة إلى الملكية العقارية (المادة 4 من القانون رقم 84 ـ 595 تاريخ 12 تموز 1984). كما أن المادة 111 ـ L. 5 من قانون المدينية تخضع بعض الاتفاقيات المتضمنة انفصال قسم من قطعة أرض للإشهار الإلزامي.

435 ـ تتعلق المادة 37 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 بالإشهار الاختياري.

يحوي هذا النص سلسلتين من الأحكام. الأحكام الأولى (المادة 37 ـ 1) لا تعاقب باللاّحجية[1]. وبتعبير آخر لا يشكل عدم إتمام العلنية، نظرياً، عقبة أمام حجية العقد[2]. والأعمال المقصودة هي الوعود الأحادية الجانب بالبيع، والوعود الأحادية الجانب بالإيجار لأكثر من سنتين والاتفاقيات المتعلقة بممارسة الارتفاقات القانونية.

وتبرز صعوبة في الاجتهاد في شأن علنية عهد التفضيل. فهل ينبغي مماثلته بوعد أحادي الجانب بمعنى المادة 37 ـ 1 أم بتقييد حق التصرف بمعنى المادة 28 ـ 2 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955؟ أخذت محكمة النقض في أول الأمر بهذا الوصف الأخير في ما يختص بعهد التفضيل الذي يكون موضوعه نقل ملكية، ولكنه يبدو أنه تخلى عنه في الأحكام الأحدث في ما يتعلق بالتفضيل عندما يكون موضوعه إيجاراً[3].

وبالمقابل تعاقب الثانية (المادة 37 ـ 2)، مع أنها اختيارية، باللاّحجية[4]. والأعمال

---

(1) انظر: Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, Les Sûretés, la publicité foncière، موسوعة Dalloz، رقم 686 وما يليه ـ A.FOURNIER، المرجع عينه، رقم 144 وما يليه.

(2) انظر الرقم 450 اللاحق وما يليه.

(3) انظر حول هذه المسألة La vente، تأليف GHESTIN et DESCHE، رقم 174.

(4) انظر A.FOURNIER، المرجع عينه رقم 130 وما يليه ـ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المرجع عينه، رقم 651 ـ C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً، رقم 158. انظر بالنسبة إلى التطبيق، الغرفة المدنية الثالثة، 16 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 122، صفحة 68.

المقصودة هي 1 ـ الادعاء أمام القضاء للحصول إلى تكرار الأعمال الخاضعة للعلنية أو المقبولة علنيتها أو تحقيقها في الشكل الرسمي، مع أنها لم تنظم في الشكل الرسمي (وهو شرط حتمي للعلنية)، أي، عملياً، تسويات البيع أو الوعود بالبيع جرى استعمال حق الخيار فيها، و2 ـ محاضر الكتابة العدل التي تثبت عدم موافقة المتعاقد أو الواعد أو رفضه إبرام العمل الموثق و 3 ـ الإعلان في عمل كتابة عدل عن إرادة المستفيد من العقد في فرض إبرام العمل الموثق.

436 ـ لم يجعل مرسوم 4 كانون الثاني 1955 تسجيل الرهونات العقارية والامتيازات العقارية إلزامياً وإنما يعاقب عدم التسجيل باللاّحجية[1].

تحيل المواد 11 إلى 27 إلى بعض أحكام القانون المدني. ويمكن أن نندهش من الطابع الاختياري للتسجيل، ولكن إذا لاحظنا أن للدائن مصلحة بديهية في التسجيل، طالما أن هذا التسجيل وحده يحفظ حقوقه في التتبع والتفضيل، يمكن أن نفهم أن النص على العلنية الإلزامية هو بلا فائدة حقيقية[2].

2) التسجيل في سجلات أخرى

437 ـ عقد الزواج.

هذا العقد يهم الغير مباشرة عندما يسوّي مصير بعض الأموال ويحدد سلطات الزوجين[3]. وعلنيته التي جرى تنظيمها لأول مرة بقانون Valette في 10 تموز 1850 يسوسها قانون 13 تموز 1965 المدخل في المادة 1394 من القانون المدني.

وتنص الفقرة 3 من هذه المادة على أنه «إذا أتى عمل الزواج على ذكر أنه لم يكن ثمة عقد فيعتبر الزوجان تجاه الغير أنهما تزوجا في ظل نظام القانون العام إلاّ أن لا يكونا قد صرحا، في الأعمال المعقودة مع هذا الغير، أنهما أبرما عقد زواج». فالعلنية إذاً تحققت طبيعياً في تسجيل عمل الزواج في وثيقة حالة مدنية[4].

وتحدد المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني، في ما يتعلق بتغيير النظام الزواجي، أن «للتغيير المصادق عليه مفعول بين الفريقين اعتباراً من الحكم، وبالنسبة إلى الغير بعد ثلاثة أشهر من البيان الوارد في هامش هذا النموذج أو ذاك من عمل الزواج. على

---

(1) A.FOURNIER المذكور سابقاً، رقم 128 ـ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE المذكورين سابقاً، رقم 639.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 158.

(3) انظر: F. BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 16، صفحة 28. ـ J. DUCLOS، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 275 وما يليه، صفحة 306 وما يليها، الذي يلاحظ أن «حجية وضع الزوجين المالي أو المطلقين تخضع وحدها للمعاملات القانونية» باستثناء حالة الأشخاص.

(4) انظر حول علنية أعمال الحالة المدنية، Les personnes، تأليف G. GOUBEAUX، رقم 238.

أن التغير، حتى في غياب هذا البيان، يحتج به تجاه الغير إذا كان الزوجان، في الأعمال المعقودة معه، قد أعلنا أنهما عدلا نظامهما الزواجي».

وقد قرر المشترع أن هذه العلنية كانت غير كافية بالنسبة إلى التجار المتزوجين. فتم فرض إشهار آخر في سجل التجارة والشركات (المادة 1394، الفقرة 4، والمادة 1397، الفقرة 4).

فالتاجر المتزوج عليه إذاً، بمقتضى المادة 8، A، 4 من مرسوم 30 أيار 1984 أن يصرح في طلب تسجيله نظامه الزواجي بنود تقييدات حرية التصرف بأموال أهل البيت أو عدم وجودها، كما أن عليه، بموجب المادة 12، 2، من المرسوم نفسه، أن يسجل الأحكام التي تصادق على تغيير النظام الزواجي.

وقد رؤي، في شأن تغيير النظام الزواجي، أن انقضاء مهلة الأشهر الثلاثة المنصوص عليها في المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني، بسبب استقلالية مختلف فروع القانون، غير مطلوب في المادة التجارية[1].

438 ـ الإجارة البيعية المهنية.

تخضع عمليات الإجارة البيعية التي نظمها القانون رقم 66 ـ 455، 2 تموز 1966[2] للعلنية المنظمة في مرسوم 4 تموز 1972. وهذه العلنية «يجب أن تتيح تحقيق ذاتية الفريقين والأموال التي تشكل موضوع هذه العمليات».

وعندما يكون موضوع الإجارة البيعية مالاً منقولاً تتحقق العلنية بالتسجيل في سجل خاص مفتوح لهذه الغاية في قلم محكمة التجارة أو في المحكمة البدائية الناظرة في الشأن التجاري. وهي مطلوبة في الإجارة البيعية وتتقادم (يمر الزمن عليها) بعد خمس سنوات ما عدا التجديد.

وقد لوحظ أن مجال تطبيق العلنية القانونية موضع نقاش[3]. ويبدو أن محكمة النقض رفضت توسيع الشكلية إذ حكمت بأن العلنية القانونية لا مجال لها عندما يكون المال مؤجراً من الباطن عن طريق مستأجر الإجارة البيعية[4].

---

(1) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 168.

(2) يتعلق الأمر بإجارة بيعية تتناول أموال تجهيز معدة لاستعمال مهني وبإجارة بيعية تتعلق بعقارات لاستعمال مهني أيضاً. وقد وسع قانون 6 كانون الثاني 1968 المجال السابق للقانون بأن أجاز الإجارة البيعية للمؤسسة التجارية والمؤسسة الحرفية.

(3) RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، منشورات L.G.D.J.، 1988، رقم 24221.

(4) النقض التجاري في 11 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 170، صفحة 150؛ Dalloz 1983، صفحة 271، تعليق Cl.WITZ الناقد؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، II، 20074، تعليق E.-M.BEY. انظر بالنسبة إلى حل مماثل في حالة الإجارة البيعية المستندة، النقض التجاري، 21 أيار 1979، Dalloz 1980، صفحة 611، تعليق C.LUCAS-DE LEYSSAC.

وعندما تتناول الإجارة البيعية عقاراً تطبق قواعد العلنية العقارية بلا قيد أو شرط (المادتان 10 و 11 من مرسوم 4 تموز 1972).

439 ـ العقود المتعلقة بالسفن.

نظم المرسوم رقم 67 ـ 967 في الفصل VIII نظام علنية لملكية السفن وحالة السفن التي تعمل بالطريقة عينها كما العلنية العقارية[1].

ومكاتب الجمارك هي التي تمسك بطاقيات التسجيل حسب اسم السفينة وتخصص بطاقية تسجيل لكل سفينة. وتحوي كل بطاقية البيانات الكفيلة بالتعرف على السفينة، واسم المالك أو المالكين، وفي هذه الحالة بيان حصصهم. كما تتضمن البطاقية البيانات المتعلقة بالحقوق على السفينة.

وتخضع عدة عقود تتناول السفن للتسجيل في البطاقية في سبيل حجيتها تجاه الغير، وهي معددة في المادة 92 من المرسوم. ويتعلق الأمر في ما هو أساسي بالعقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة في شأن ملكية سفينة أو قسم منها وكذلك الحقوق العينية المنشأة على السفينة.

ويجب أن تخضع للتسجيل الرهونات العقارية المتفق عليها للسفينة، أو لقسم منها، لتكون محتجاً بها تجاه الغير، إلا أنه ينبغي أيضاً، حسب المادة 93، الفقرة 2، من المرسوم، أن تكون موضوع تسجيل في سجل خاص يمسكه، وفقاً للمادة 15، أمين السجل العقاري البحري في المنطقة التي جرى بناء السفينة فيها أو المسجلة فيها إذا سبق أن كانت موضوع عقد فرنسة.

وثمة تشديد على أن معاقبة عدم الإشهار كانت اللاّحجية تجاه الغير للأعمال التي لم تكن موضع علنية[2].

على أنه تبين أن علنية العقود المتعلقة بالسفن لم يكن موضوعها عرقلة مبدإ الحجية بقوة القانون لأنها، في الحقيقة، تحل محل قاعدة أخرى موضوعها بالضبط استبعاد هذا المبدإ[3].

إن السفن والعمارات البحرية أموال منقولة[4]. والمادتان 1141 و 2279 من القانون المدني اللتان تستبعدان مبدأ الحجية بقوة القانون[5] ينبغي إذاً أن تكونا منذورتين للتطبيق في

---

(1) انظر: E. DU PONTAVICE, Le nouveau statut des navires et autres bâtiments de mer، مصنف الاجتهادات الدوري، 1969، I، 2286، ولاسيما الرقم 71 وما يليه.

(2) E. DU PONTAVICE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 90.

(3) M.BILLIAU، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28.

(4) المادة 190 من قانون التجارة (الملغاة) كانت تؤكد ذلك صراحة.

(5) انظر الرقم 417 السابق وما يليه.

ما يتعلق ببيع السفينة. بيد أنه سبق، في ظل قانون 27 ڤانديميير العام II ومدوّنة قانون التجارة لعام 1807، أن حكم بأن القاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» كانت غير مطبقة على السفن لأنها، وإن كانت منقولات بطبيعتها، خاضعة في ما يتعلق بنقلها لقواعد خاصة تستبعد تطبيق هذ المبدإ عليها[1]. وقد حكم، تطبيقاً للمادة 195 من قانون التجارة[2] والمادة 17 من قانون 27 ڤانديميير العام II[3]، بأن بيع السفينة أو قسم منها لم يكن صحيحاً تجاه الغير إلاّ أن يكون مسجلاً في معاملة الفرنسة[4]. فإنجاز هذه المعاملة هو الذي كان يجعل العقد محتجاً به تجاه الغير، إلاّ أن هذه المعاملة لا تسيء إلى مبدإ الحجية بقوة القانون لأنه، نظرياً، كان ـ ولا يزال دائماً ـ غير مطبق.

440 ـ التفرغ والنقل والتفويض في شأن الملكية أو بصفة ضمان منتجات حاضرة أو مستقبلية أو قسم منها في ما يتعلق بشريط سينمائي.

وضع قانون 22 شباط 1944 المتعلق بعلنية الأعمال والاتفاقيات، والأحكام في المادة السينمائية والمقنن اليوم داخل قانون الصناعة السينمائية نظام علنية التفرغ والنقل والتفويض[5] في الملكية أو بصفة ضمان في شأن المنتجات الحاضرة أو المستقبلية لشريط سينمائي (المادة 33) عن طريق سجل عمومي للسينما يعمل بصورة مماثلة للتسجيل في المادة العقارية[6].

441 ـ التفرغ عن البراءات والعلامات.

تنص الماد 613 ـ L. 9، الفقرة الأولى، من قانون الملكية الفكرية على أن «جميع الأعمال التي تنقل الحقوق المرتبطة بطلب براءة أو ببراءة أو تعدلها يجب، لكي تكون محتجاً بها تجاه الغير، أن تكون مسجلة في سجل يسمى السجل الوطني للبراءات تمسكه المؤسسة الوطنية للملكية الفكرية».

كما تنص المادة 714 ـ L. 7 من قانون الملكية الفكرية، في ما يختص بعلامات الصنع، في التجارة أو الخدمة، على أن «كل نقل للحقوق المرتبطة بعلامة مسجلة أو تعديلها

---

(1) النقض في 18 كانون الثاني في 1870 المستشهد به في Code français et lois usuelles، تأليف RIVIERE، الطبعة 31، 1903، حول المادة 190 من قانون التجارة.

(2) «البيع الإرادي لسفينة يجب أن يكون خطياً أو بعقد عمومي أو بعقد ذي توقيع خاص».

(3) «بيع قسم من العمارة يسجل على ظهر عمل الفرنسة من قبل تابع للمكتب التجاري المكلف مسك السجل».

(4) النقض في 26 أيار 1852؛ 3 حزيران 1963؛ 16 آذار 1864 المستشهد بها في Code français et lois usuelles، تأليف RIVIBRE، الطبعة 31، 1903، حول المادة 195 من قانون التجارة.

(5) انظر حول هذه النقطة الخاصة M.BILLIAU, La délégation de créance، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J.GHESTIN، رقم 391.

(6) G. LYON - CAEN et P. LAVIGNE, Traité théorique et pratique de droit de cinéma، الجزء II، منشورات L.G.D.J.، 1957، رقم 545، صفحة 103.

ينبغي، لتكون محتجاً بها تجاه الغير، أن تكون مسجلة في السجل الوطني للعلامات»[1].

442 ـ الامتيازات على المؤسسة التجارية.

ينظم قانون 17 آذار 1909 امتياز البائع أو امتياز الدائن المرتهن على المؤسسة التجارية. ويتم إثبات هذين الامتيازين وحفظهما بالتسجيل خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ العقد في سجل عمومي يمسكه قلم محكمة التجارة التي يعود استثمار المؤسسة إلى اختصاصها[2].

ب ـ النشر في إحدى الصحف

443 ـ الإجارة الإدارية للمؤسسة التجارية والمؤسسات الحرفية.

يجب أن تكون هذه العقود موضوع إشهار خلال خمسة عشر يوماً من تاريخها في شكل خلاصات أو إعلانات في صحيفة مؤهلة لتلقي الإعلانات القانونية. والعلنية نفسها يجب أن تتم عند انتهاء العقد (المادة 2 من مرسوم 14 آذار 1986). وهذه العلنية معدّة لحماية الدائنين. ولذلك نصت المادة 8 من قانون 20 آذار 1956 على أن «مؤجر المؤسسة التجارية، حتى إشهار عقد الإجارة الإدارية، وخلال مهلة ستة أشهر اعتباراً من هذا الإشهار، مسؤول بالتضامن مع المستأجر المدير عن الديون التي يعقدها هذا الأخير في مناسبة استثمار المؤسسة»[3]. وتضع العلنية هكذا شروط تحرر المؤجر تجاه دائني المستأجر[4].

ويجدر هنا التذكير بأن الغرفة التجارية في محكمة النقض حكمت بأن موجب إشهار عقد الإجارة الإدارية لا يؤدي، في حالة التمديد الضمني، إلى موجب القيام بعلنية جديدة. فحجية العقد المحدد ضمنياً ليست إذاً خاضعة لإتمام معاملة العلنية[5].

444 ـ بيع المؤسسة التجارية.

نظم قانون 17 آذار 1909 المتعلق ببيع المؤسسة التجارية أو رهنها، والمعدل غير مرة، علنية بيع المؤسسة التجارية[6] التي تتم بعناية مكتب الملكية خلال خمسة عشر يوماً من البيع في شكل خلاصات أو إعلانات في إحدى الصحف المؤهلة لتلقي الإعلانات القانونية

---

(1) تحدد المادة 714 ـ 1 .L، الفقرة 4، من قانون الملكية الفكرية أن نقل الملكية، أو الرهن، يثبت بمستند خطي تحت طائلة البطلان. ويتعلق الأمر، حسب أي احتمال، بشكل مطلوب رسمي وليس في سبيل الإثبات.

(2) انظر حول مجمل هذا النظام RIPERT et ROBLOT, Traité de droit commercial، الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، تأليف M.GERMAIN، منشورات L.G.D.J.، 1993، رقم 627 وما يليه.

(3) إنظر حول مجمل النظام RIPERT et ROBLOT المذكورين سابقاً، الجزء I، الطبعة الخامسة عشرة، تأليف M.GERMAIN، منشورات L.G.D.J.، 1993، رقم 557 وما يليه.

(4) J.DUCLOS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 274، صفحة 305.

(5) إنظر الرقم 234 السابق.

(6) انظر حول مجمل النظام RIPERT et ROBLOT، الجزء I، تأليف M.GERMAIN، رقم 596 وما يليه.

في التقسيم الإداري أو المحافظة التي يجري فيها استثمار المؤسسة[1]. وثمة علنية أخرى منصوص عليها خلال خمسة عشر يوماً من النشر الأول في النشرة الرسمية للإعلانات المدنية والتجارية.

ولم تنظم هذه العلنية إلاّ لصالح دائني البائع. وهكذا نرى أن هذا المفهوم يؤدي إلى نتائج في حالة النزاع بين المكتسبين المتعاقبين للمؤسسة عينها[2].

II ـ العلنية الشخصية (أي الإعلام الشخصي)

445 ـ تتعلق هذه العلنية بشكل أساسي بالمدين المحال عليه في حوالة الحق.

بمقتضى المادة 1690 من القانون المدني لا يكون المتنازل قد أعلم الغير إلاّ بإبلاغ النقل الذي أجراه المدين أو إبلاغ قبوله في عقد رسمي[3]. وتتحقق حجية الحوالة إذاً بإعلام مباشر للغير الأصلي صاحب العلاقة، وهو يقوم، طالما أنه تم إعلامه، حسب تعبير السيدين Malaurie و Aynès، «بدور مركز معلومات، شبه أمين للرهونات العقارية»[4]. والمدين المحال عليه هو الذي يُعلم الغير الذي يمكن أن يتعاقد معه، أو يؤمل ذلك على الأقل.

كما أن العلنية للشخص نص عليها القانون Dailly والقانون المتعلق بتسنيد الديون، إلاّ أن موضوعها لم يكن جعل العقود محتجاً بها تجاه الغير[5].

446 ـ إعلام الشخص مباشرة هو بديل استثنائي لعدم التسجيل في السجل.

على سبيل المثال، إذا كان عمل الزواج لا يأتي على ذكر وجود عقد زواج، يكون هذا الزواج مع ذلك محتجاً به تجاه الغير الذي تعاقد معه الزوجان إذا كانا قد صرحا أنهما أبرما عقد زواج (المادة 1394، الفقرة 3 من القانون المدني). وثمة نص مماثل في المادة 1397، الفقرة 3، من القانون المدني في ما يتعلق بتعديل النظام الزواجي. وهكذا يكون التصريح بديلاً لعدم وجود العلنية.

وقد جرى التساؤل عما إذا كانت معرفة الغير الفعلية بوسائل أخرى يمكن أن تكون بديل عدم التصريح. بعض المؤلفين يؤكد ذلك[6]: بيد أن آخرين يرون أن التصريح ليس له

---

(1) كان القانون ينص على تكرار النشر، بيد أن هذه المعاملة ألغيت بمرسوم 3 كانون الأول 1987، انظر J.DERRUPÉ، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1988، صفحة 41، رقم 3.

(2) انظر الرقم 423 السابق.

(3) انظر حول قبول المعاملة المماثلة الرقم 390 السابق.

(4) Obligations، رقم 1226 وما يليه.

(5) انظر الرقم 385 السابق وما يليه.

(6) LAURENT، الجزء XXIV، رقم 111، الذي استشهدت به C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 234، التعليق 108، والذي يرى المعرفة عن طريق الإبلاغ. وكذلك F.BERTRAND، الأطروحة السابقة الذكر، رقم 19، صفحة 32.

معادل ممكن[1]، بالتمسك ببرهان النص. فالقانون يعتمد بياناً شكلياً في العقد المبرم مع الغير. وبعبارة أخرى الإثبات الداخلي وحده مقبول باستثناء الإثبات الخارجي. وينبغي الاعتراف فعلياً بأن التفسير التأويلي يقود إلى هذه الخلاصة.

الفقرة 2 ـ معاقبة عدم وجود العلنية

447 ـ بعد تفحص خيار المعاقبة يجب تقدير مجالها.

I ـ خيار المعاقبة

448 ـ ثمة ثلاث عقوبات معقولة بداهة البطلان واللاّحجية والمسؤولية. **ويستبعد القانون المدني، على وجه العموم، البطلان ليأخذ باللاّحجية المقترنة، عند الاقتضاء، بالعطل والضرر التعويضيين.**

وعندما تكون العلنية القانونية من الممكن فهمها كشكل تنظيم للمعرفة[2] يقدر أن البطلان يكون معاقبة غير ملائمة ذلك بأنه ليس ثمة أي سبب لأن تطال اللاّفعالية الفريقين نفسيهما[3]؛ فالبطلان ليس بالفعل سوى معاقبة شروط شكل العقد: أنها لا تتعلق إذاً إلاّ بعدم مراعاة الأشكال المطلوبة لصحة العقد ذاته، أي الأشكال الرسمية[4]. والمعاقبة السوية لعدم العلنية هي بالتالي اللاّحجية.

وقد أمكن تعريف اللاّحجية عن طريق مفاعيلها: أنها «لا تؤدي إلى البطلان وإنما تحرم العقد من مفاعيله وحسب تجاه بعض الأشخاص. ولذلك ينتج العقد المبرم للتحايل على حقوق المدين مع ذلك مفعولاً في علاقات المدين بالغير الذي بإمكانه الحصول على التنفيذ بالمعادل»[5].

ومعاقبة موجب تسجيل عقد لدى أمين السجل العقاري (أو الشهر العقاري) تكمن هكذا في سقوط الحجية بقوة القانون للعقد تجاه «الغير»[6]، بدون أن تجر إلى بطلان العقد بين الفريقين[7].

---

(1) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً، رقم 235. ـ موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، ٧، عقد الزواج، تأليف A.COLOMER، 1981، رقم 247.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU.المذكورة آنفاً، رقم 3.

(3) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 6.

(4) انظر تلاشي العقد.

(5) F.BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151.

(6) انظر M.LÉVIS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 211، صفحة 166: «ليست العلنية هي التي تظهر كعنصر ضروري، حتى منشىء، للحجية تجاه الغير: أنها اللاّحجية التي تظهر كعقوبة لعدم العلنية» (أحرف مائلة في النص). انظر كمثال، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، III، رقم 132، صفحة 86، في شأن حجية ارتفاق تجاه مكتسب ملكية مؤسسة تجارية.

(7) انظر: J.GHESTIN et B.DESHE, La vente، رقم 228، صفحة 81.

على أن القانون ينص، استثنائياً، على بطلان العقد غير المسجل. وهكذا تعاقب المادة 11 من قانون 17 آذار 1909 مثلاً عدم تسجيل رهن المؤسسة التجارية بالبطلان.

449 ـ ثمة نص أحياناً على المعاقبات التابعة.

وهكذا مثلاً، استناداً إلى المادة 33 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955، يتعرض الموظفون العموميون أو القضائيون المكلفون التسجيل في البطاقة العقارية لغرامة 50 فرنك، بيد أن هذه العقوبة ليست موجهة إلى المتعاقدين. يضاف إلى ذلك أن عدم الإشهار يؤدي إلى استحالة نشر عقد لاحق (المادة هي من مرسوم 4 كانون الثاني 1955)؛ وهذا ما يسمى «المفعول النسبي» للعلنية العقارية[1].

II ـ مجال المعاقبة

450 ـ يتوقف مجال المعاقبة على القوة التي تعطى للعلنية.

يمكن، بالفعل، إدراك العلنية بشكل موضوعي بحت. وجهل الغير مفترض بما لا يقبل الدحض، ولاحجية العقد هي بحكم القانون ما أن يثبت أن العلنية لم تتحقق، ما عدا الغش. وتتم العلنية في هذه الحالة بشكل شبه آلي. وبالمقابل، يمكن تبني مفهوم ذاتي للعلنية، ولا يهم، طالما أن العلنية هدفها إعلام الغير، أن تكون قد تحققت ما دام أن الغير أخذ، بطرق أخرى، علما شخصياً بالعقد. وهذه المعرفة الشخصية تنتج مفعول العلنية ذاته[2].

451 ـ يتجه القانون الوضعي، في بعض الحالات، إلى مفهوم ذاتي، مع المجازفة في التضحية بالأمن القانوني. والحال كذلك في ما يتعلق بالعلنية العقارية.

وقد تثبت السيد Lévis، عند رسم تطور الأفكار، من أن العديد من المؤلفين يتمسك بأن معرفة تفرغ سابق يثبت حسن نية من قام قبل غيره بالتسجيل وسوء نيته يجب أن لا يقام وزن له[3]. وينبغي اعتبار هذه المسألة أجنبية عن أوالية العلنية العقارية.

غير أن الاجتهاد ليس في هذا الاتجاه. فقد قبل في أول الأمر أن قواعد التسجيل العقاري يجب أن تستبعد في حال التواطؤ الغشي بين البائع ومكتسب الملكية الثاني في التاريخ[4]. ثم حصل تطور ابتداء من عام 1968. ففي حكم Vallet استبعد في حكم 22 آذار

---

(1) انظر حول هذه المسألة Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المذكورين آنفاً، رقم 681 ورقم 682.

(2) انظر حول جدارة هذين النظامين C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة آنفاً، رقم 9.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213 وما يليه، صفحة 188 وما يليها.

(4) انظر: F.BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 52، مجرد العلم بالبيع الأول لا يكفي. ـ S.GINOSSAR, Liberté contractuelle...، المرجع عينه، رقم 20، صفحة 48، والأحكام العديدة المستشهد بها والتعليق 90. وقد انتقد المؤلف هذا الاجتهاد بحجة أن العلنية لا تكون نتيجتها إنشاء قرينة مادية للمعرفة قابلة لأن تكون إثبات العكس؛ وتمسك أيضاً بأعمال Boissonade في Essai d'une explication nouvelle de la théorie de la transcription à l'occasion de la mauvaise foi en matière de =

1968[1]، الإسناد إلى «تواطؤ غشي» بالحكم.بأن «مجرد معرفة مكتسب الملكية الثاني بتصرف أول غير مسجل يكفي لاستبعاد قواعد العلنية العقارية وإعلان التصرف الأول محتجاً به تجاه مكتسب الملكية الثاني في التاريخ».

وأكدت محكمة النقض في عام 1974[2] «بأن اكتساب ملكية عقار مع العلم بالتفرغ السابق عنه للغير يشكل الخطأ الذي لا يتيح لمكتسب الثاني التذرع لمصلحته بالعلنية العقارية». وبعد أن ظهر إدخال فروقات دقيقة على هذا المذهب استعادته الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بكامله في حكم بتاريخ 20 آذار 1979[3]. ولا يبدو أن محكمة النقض منذ ذلك التاريخ قد عدلت موقفها[4].

وعلى ذلك يبدو أن المسؤولية المدنية في القانون العام هي التي تشكل عقبة أمام إوالية العلنية العقارية[5]. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض تستند صراحة إلى المادة 1382 من القانون المدني في أحكامها[6].

وقد عرض السيد Lévis أن تكون المادة 1382 من القانون المدني هي الأساس الجوهري لهذا الاجتهاد. ففي عرفه ليس حسن نية من يُشهر أولاً سوى شرط ناشىء عن مبادرة مستقلة لإوالية العلنية العقارية[7]. «ليس حسن النية شرط حجية الحق العيني، أنه هنا شرط تطبيق العلنية العقارية، في الحالة التي تقود العلنية العقارية فيها إلى سقوط هذه

= transcription et d'inscription hypothécaires، المجلة العملية للقانون الفرنسي، 1870، المجلد 30، صفحة 549 وما يليها.

(1) Dalloz 1968 ، صفحة 412، تعليق J.MAZEAUD؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15587، تعليق A.PLANCQUEEL؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 544، ملاحظة J.-D. BREDIN؛ فهرس Defrénois، 1968، البند 29144.

(2) الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 كانون الثاني 1974 (حكم Vial)، النشرة المدنية، III، رقم 50، صفحة 37؛ فهرس Defrénois، 1974، البند 30631، صفحة 647، تعليق G.GOUBEAUX؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، II، 18001، القضية الأولى، تعليق DAGOT؛ Dalloz 1975، صفحة 427، تعليق J.PENNEAU.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 71، صفحة 52؛ Dalloz 1979، الصفحة 396 من التقرير؛ 28 أيار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 88؛ Dalloz 1979، الصفحة 409 من التقرير.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 200، صفحة 122؛ Dalloz 1993، صفحة 528، تعليق A.FOURNIER الناقد.

(5) A.FOURNIER، المذكور سابقاً، رقم 591 وما يليه ـ F.BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 39 وما يليه.

(6) انظر في المقام الأخير حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1992، الحكم المذكور سابقاً. ـ 22 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 128، صفحة 71؛ Dalloz 1970، الصفحة 145 من التقرير.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 226 وما يليه، صفحة 196 وما يليها. يشير المؤلف إلى أنه ينضم إلى تقديم السيد Goubeaux لاجتهاد محكمة النقض.

الحجية»[1]. والإسناد إلى الخطأ لا يترجم الطبيعة الحقيقية لاجتهاد محكمة النقض ذلك بأن القاضي، باستبعاد دور العلنية العقارية، ويعود بالضرورة إلى نظام الحجية بقوة القانون وإلى تطبيق القول المأثور الأول زماناً هو المفضل في الحق.

من الصحيح أن حلول القانون الوضعي، على الصعيد العملي، تبقى موضع نقد. وهكذا كُتب في صدد التفسير الذي اقترحه السيد Lévis: «الكل يغوينا كثيراً ولكن بدون أن ينسينا أن العلنية العقارية، في ما يتعلق بالأمن القانوني، تتوقف عن أن تقوم بوظيفتها منذ هذا الاجتهاد الشهير...»[2].

والمفهوم الذاتي للعلنية، في مجال براءات الاكتشاف، يأخذ بها أيضاً القانون الوضعي[3].

ومن المعروف أن التنازل عن براءة يخضع للعلنية بالنسبة إلى حجيته تجاه الغير. بيد أن القانون حدد أن العقد، قبل تسجيله، يحتج به تجاه الغير الذي اكتسب حقوقاً بعد تاريخ هذا العقد، وإنما كان على علم به عند اكتساب هذه الحقوق. ويعني ذلك التأكيد بوضوح أن المعرفة الشخصية للغير تعادل العلنية.

ويبدو أيضاً أن المفهوم الذاتي هو المعتمد في ما يتعلق بائتمان الإيجار المهني للمنقول أو الثابت[4] وبالتنازل المتعاقب عن النص السينمائي ذاته[5].

452 ـ لا يمكن، في مواد أخرى، أن تكون المعرفة بديلاً عن عدم العلنية، مما يترجم تبني المفهوم الذاتي. والحال هكذا في تسجيل الرهن العقاري.

يؤكد حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 17 تموز 1986 المبدأ بوضوح[6].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 236، صفحة 203.

(2) انظر في المقام الأخير Ph. JESTAZ، مجلة الأطروحات، رقم 393، تعليق على أطروحة السيد LÉVIS في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 83.

(3) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 211 ورقم 212.

(4) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة آنفاً، رقم 210، الاستشهاد بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 265، صفحة 199؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، II، 21065، تعليق E.M.BEY.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 تشرين الأول 1970، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 228 (مجرد المعرفة يكفي).

(6) النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 93؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 368، رقم 2، ملاحظة Cl. GIVERDON و P.SALVAGUE - GEREST؛ فهرس Defrénois، صفحة 1178، تعليق L.AYNÈS. انظر في الاتجاه عينه النقض المدني، 4 شباط 1918، 1918 ـ Sirey، 19 ، 1، 47؛ يوميات الكتابة العدل، 1918، البند 31956، صفحة 313. قارن بالنقض المدني، 27 آذار 1849، Dalloz الدوري 49، 1، 168. كان الأمر يتعلق في القضية الراهنة بمعرفة ما إذا كان مجرد معرفة تسجيل عقاري يمكن أن يجبر مكتسب ملكية العقار شخصياً تجاه الدائن المسجل. أن جواباً سلبياً مفروض في عرف مجلة =

كان أحد المصارف في هذه القضية هو سجل على عقار امتيازاته كمقرض أموال وبائع مع مفعول حتى 30 حزيران 1981. وجرى التصرف بالعقار لاحقاً وسجل العقد في 5 تشرين الأول 1981. وفي 11 كانون الأول 1981 سجل المصرف «امتيازاته المنحلة في رهن قانوني»[1]، وادعى ممارسة حقه في التتبع ضد مكتسبي الملكية. وخسر دعواه استئنافاً، فتمسك في طعنه بأن مكتسبي الملكية ليس بإمكانهم التذرع بلا حجية تأميناته لأنهم كانوا على علم بوضع الأموال المكتسبة وبحقوق المصرف. وجرى رد سبب التسويغ هذا بحجة «أن الظرف، على افتراض ثبوته، بأن مكتسبي الملكية كانوا على علم شخصي بالقروض التي أعطاها المصرف وبالتأمينات التي ضمنتها، لا يمكن أن يكون بديلاً عن التسجيل، النمط القانوني الوحيد للعلنية». وهذا يعني التأكيد بوضوح أن المعرفة لا يمكن أن تؤدي إلى سقوط إوالية التسجيل.

وتتبنى محكمة النقض التحليل عينه في ما يتعلق بالتنازلات عن الأقدمية. فقد نقضت حكم محكمة الاستئناف، استناداً إلى المادتين 1165 و 2149 من القانون المدني، لأنه استند حصراً إلى معرفة الغير الشخصية بالتنازلات عن الأقدمية لقبول حجيته[2]. أي أن المعرفة لا يمكن أن تكون بديلاً عن عدم العلنية.

إن نظام حجية حوالة الحق يخضع للمنطق عينه. وهكذا جرى الحكم في حالة النقل المتعاقب الشخصي لدين واحد بأن المتنازل له الذي أبلغ قبل غيره المدين بهذا النقل مفضل على المتنازل له السابق، حتى ولو كان على علم بوجوده قبل تنفيذ المعاملات الواردة في المادة 1690، باعتبار أن هذه المعرفة بدون تأثير في صحة التنازل[3]. وفرضية التواطؤ الغشي مع المتنازل محتفظ بها في أي حال[4].

---

* النقض ـ قارن بـ C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 244 وما يليه، التساؤل حول أساس هذا الاجتهاد بالنسبة إلى الاجتهاد الذي نما في مجال التنازل المتعاقب عن المال عينه لمكتسبي الملكية (الرقم 451 السابق). وهي ترى قراءة المادة 2147 من القانون المدني على أنها تفرض معاملة علنية منشئة والمادة 30 من مرسوم 4 شباط 1955 على أنها تفرض معاملة علنية تعزيزية.

(1) في نص الحكم.

(2) النقض التجاري، 6 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، IV رقم 5، صفحة 3؛ Dalloz 1987، صفحة 375، تعليق L.AYNÈS.

(3) النقض التجاري، 19 آذار 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 137، صفحة 106. قارن بحكم قديم لغرفة العرائض في 10 كانون الثاني 1905، Dalloz الدوري 1906، 1، صفحة 345؛ يوميات الكتابة العدل، 1906، البند 28611، صفحة 31، التي حكمت بأن معرفة الدائن المرتهن بالتفرغ السابق عن دخل اسمي في الحالة كانت تكفي لاعتباره سيء النية وجعل التفرغ محتجاً به تجاهه في حين أن نقلاً كهذا كان خاضعاً لإتمام المعاملات ليكون محتجاً به تجاه الغير، ولم تكن هذه المعاملات قد جرى إنجازها في القضية الراهنة.

(4) انظر كمثال على الغش، وإن عرّض الحكم نفسه للنقد، (انظر تعليق CAMPION، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 63 وما يليها)، النقض المدني، 7 تموز 1987، S. 98، 1، 113، تعليق WAHL؛ يوميات الكتابة العدل، 1898، البند 26431، صفحة 28.

ومن المقبول في القانون التجاري أن المعرفة الشخصية للغير لا يمكن أن تستبدل بإتمام معاملات علنية عقد الإجارة الإدارية[1] للمؤسسة التجارية[2]. كما أن الأعمال التعديلية لإحدى الشركات لا يحتج بها تجاه الغير إلاّ أن تكون قد سجلت في سجل التجارة والشركات، حتى ولو كانت موضوع علنية قانونية أخرى[3].

453 ـ يمكن أن يعتبر المفهوم الذاتي كحل مبدئي.

تطرح المسألة أيضاً أمام تنوع حلول كهذا، لمعرفة ما إذا كان ثمة مبدأ مقترن باستثناءات أم لا. وتتساءل السيدة Barreau - Saliou عما إذا كان هناك مبدأ عام لحصرية العلنية القانونية أو، على العكس، إذا كان المبدأ هو مبدأ التكافؤ بين المعرفة الشخصية للغير والعلنية المنجزة[4]. وهي تميل لصالح الفرع الثاني من البديل إذ قالت إن «التشريع الجديد هو دائماً لصالح إعمال مبدأ التكافؤ» ولأنه «ينبغي أن لا يغيب عن النظر أن العلنية لا يمكن وضعها نهائياً خارج دائرة الأخلاق». غير أن المعرفة التي يجب أن يفرضها القانون الوضعي ينبغي أن تكون فعلية، مما يستبعد معرفة ناقصة[5]. وهذا الموقف يمكن قبوله لأنه يوفق بين التقنية القانونية والإنصاف وحسن النية. ويمكن أيضاً التقدير أن التكافؤ يبدو منطقياً أكثر من الحصرية طالما أن المبدأ الأول هو مبدأ الحجية بقوة القانون تجاه الجميع بدون شرط[6].

454 ـ لا تتعلق اللاّحجية، وهي عقوبة عدم العلنية، إلاّ ببعض فئات الغير[7].

إن المادة 30 ـ 1 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955 التي تنظم العلنية العقارية هي إشهار أول لهذا المبدأ[8]. وبموجب هذا النص «إن الأعمال والأحكام القضائية الخاضعة للعلنية تطبيقاً للفقرة 1 من المادة 28[9] إذا لم تكن موضع علنية لا يحتج بها تجاه الغير الذي اكتسب على العقار نفسه من المورث عينه حقوقاً متنافسة استناداً إلى أعمال أو أحكام خاضعة لموجب العلنية ذاته ومسجلة، أو قام بتسجيل امتيازات أو رهونات عقارية. وهي غير محتج

---

(1) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 262 وما يليه.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 268.

(3) النقض التجاري، 29 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 275، صفحة 194.

(4) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 214.

(5) رقم 218 ورقم 219.

(6) M.BILLIAU، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 44.

(7) F.BERTRAND، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 132، وهو يلاحظ أن «فئة الغير المحمي واسعة إلى حد ما حسب العقود». انظر أيضاً C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 109 التي ترى أن مما لا طائل تحته البحث عن تعريف إجمالي للغير المحمي بقانون العلنية القانونية.

(8) C-T. BARREAU - SALIOU، المذكورة سابقاً، رقم 110 وما يليه.

(9) تستهدف المادة 28 ـ 1°، انتقال الحقوق العينية العقارية، أو إنشاءها، غير الامتيازات والرهونات العقارية وكذلك بعض الحقوق الشخصية ومنها الإيجارات المعقودة لمدة تتجاوز اثني عشرة سنة. انظر الرقم 434 السابق.

بها أيضاً إذا تم تسجيلها عندما تكون الأعمال أو الأحكام أو الامتيازات أو الرهونات العقارية التي يتمسك بها هذا الغير قد جرى تسجيلها سابقاً».

ويستطيع الغير بمعنى هذا النص وحده التذرع بسقوط الحجية(1).

ويشهر هذا القصد حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 4 شباط 1987(2).

كانت اتفاقية منشئة لارتفاق عدم التعلية non altus tollendi قد أبرمت في 7 تموز 1966 بين السيد Pommier مالك العقار المرتفق به والسيدة Lagarde مالكة العقار المنتفع من الارتفاق. ولم تُشهر الاتفاقية خلافاً لمرسوم عام 1955. وقد بيع العقاران بعد ذلك بدون الإشارة إلى الارتفاق الاتفاقي. وتنكّر الزوجان Belloti، وهما خلفا السيد Pommier، لارتفاق عدم التعلية. فتقدم الزوجان Marc، وهما خلفا السيدة Lagarde، بدعوى وحصلا على مراعاة الارتفاق. وجرى رد الطعن بحجة «أن الحكم الذي بيّن أن الزوجين Belloti والزوجين Marc هم خلفاء بصفة خاصة للسيد Pommier والسيدة Lagarde والذي تثبت من أن اتفاقية 7 تموز 1966 ولدت في الوقت عينه موجباً على السيد Pommier وحقاً للسيدة Lagarde، استنتج من ذلك بصواب... أن الزوجين Belloti ليسا الغير بمعنى المادة 30 ـ 1 من مرسوم 4 كانون الثاني 1955، وقد اكتسبا حقوقهما من مورث مختلف عن مورث الزوجين Marc».

وبذلك كانت اتفاقية الارتفاق محتجاً بها تجاه الخلفين بدون إتمام معاملات العلنية وفقاً للقانون العام لحجية العقود.

وهذا يعني عملياً أن مجال المادة 30 ـ 1 يتعلق بشكل رئيسي بالنزاع بين مكتسبي الملكية المتعاقبين لمورث واحد. وينبغي الافتراض أن أ باع ب ثم باع أ ثانية المال عينه لـ ج، ففقد بذلك الملكية.

إن مكتسب الملكية الأكثر عناية، أي من يكون قد سجل قبل غيره، هو الذي بإمكانه التمسك بالمادة 30 ـ 1، بحيث أنه إذا كان مكتسب الملكية الثاني تاريخاً ـ المكتسب من غير المالك الحقيقي ـ هو الذي سجل قبل غيره، فإنه يعتبر مالكاً، ذلك بأن البيع الأول لا يحتج به تجاهه. وعليه جرى استبعاد القاعدة الأول زماناً هو المفضل في الحق. «ورغماً عن التأكيد أن العلنية للعقارية هي تعزيزية للحق وحسب، بدون افتراض صحتها في الأساس،

---

(1) انظر: F.BERTRAND، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 29. ـ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE المذكورين آنفاً، رقم 655 وما يليه.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 20، صفحة 12؛ M.-N. JOBARD - BACHELLIER, Servitude et grandeur de la publicité foncière en droit français (à propos de deux décisions récentes de la Cour de cassation)، D. 1988، العرض XXXIX، صفحة 247. وينتقد المؤلف هذا الحكم لأنه رفض إضفاء صفة الغير.

يكون مفعول قاعدة أقدمية العلنية في هذه الحالة تغطية عيب البطلان الذي يشوب البيع الثاني. والشكلية مسيطرة هنا إلى درجة أنه إذا كان مكتسب الملكية الأول ينتصر في النهاية فذلك لأنه سجل سنده قبل غيره وليس بسبب أقدمية حقه ذاته»[1].

إن مجال معاقبة عدم العلنية الواردة في المادة 30 ـ 1 أياً كان أمر وجهة النظر هذه يظهر محدوداً جداً طالما أنه لا يتعلق بالديون العادية ولا بالذين عليهم تسجيل حقوقهم المتنافسة ولا بالخلفاء الكليين.

ومفهوم الغير، بالمقابل، ممتد إلى حد كبير في ما يتعلق بالهبات القابلة للرهونات العقارية الواردة في المادة 939 من القانون المدني. وبالفعل يبقى عدم علنية هذه العقود، حسب المادة 30 ـ 2 من مرسوم 4 شباط 1955، محتجاً به ضمن الشروط المحددة في المادة 941 من القانون المدني. والحال أن هذا النص يقول: «عدم العلنية يمكن الاحتجاج به تجاه جميع الأشخاص الذين لهم مصلحة، ما عدا الأشخاص الذين عليهم القيام بالعلنية أو خلفاءهم، والواهب». والدائنون العاديون مماثلون هنا بالغير[2]، مما يجيز لهم التمسك بعدم العلنية[3]. كما أن الدائنين العاديين يعتبرون كالغير تجاه الاستبدال المسموح به والخاضع للعلنية. وحسب المادة 1071 من القانون المدني «لا يمكن أن يُستبدل عدم العلنية ولا أن يُنظر إليه كغطاء بمعرفة أن الدائنين أو الغير مكتسبي الملكية بإمكانهم أن يكون لهم التصرف بطرق أخرى غير طريق العلنية».

وقد سبق أن رأينا، في ما يختص ببيع مؤسسة تجارية، أن العلنية لا تتعلق بكل أنواع الغير الذي يمكن أن تكون له مصلحة: ليس الغير إلاّ الدائنين العاديين للبائع والشاري[4].

وأخيراً يمكن الاستشهاد بالمادة 46 من قانون 2 كانون الثاني 1968 المتعلق بالبراءات

---

(1) A.FOURNIER المذكور سابقاً، رقم 574.

(2) وليست الحال كذلك في ما خص الورثة أو الخلفاء الكليين للفرقاء المتعاقدين (النقض المدني، أول حزيران 1897، Dalloz الدوري 98، 1، 58؛ يوميات الكتابة العدل، 1898، البند 26429، صفحة 25). ووضع المستأجر ليس أكيداً. وبالفعل، بالنسبة إلى الغرفة الاجتماعية (22 أيار 1950، النشرة المدنية، IV، رقم 454، صفحة 303. ـ 17 تشرين الأول 1958، Dalloz 1959، صفحة 465، تعليق R.SAVATIER؛ النشرة المدنية، IV، رقم 1054، صفحة 800 ـ 10 تشرين الثاني 1965، النشرة المدنية، IV، رقم 778، صفحة 662) وإلى الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، ليس غيراً (17 حزيران 1980)؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، II، 19584، تعليق M.DAGOT؛ النشرة المدنية، III، رقم 118، صفحة 87؛ فهرس Defrénois، 1982، البند 32826، صفحة 214، ملاحظة J.-L. AUBERT). والحجة المثارة هي أن العلنية غير مطلوبة إلاّ بالنسبة إلى الغير حائز حق عيني على العقار. وبالمقابل المستأجر هو غيرٌ بالنسبة إلى الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض (19 تشرين الأول 1966، النشرة المدنية، I، رقم 477، صفحة 363؛ Dalloz 1967، صفحة 77، تعليق J.MAZEAUD؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، II، 15160، تعليق ROUILLER). أنها قراءة حرفية للمادة 941 تسوّغ وجهة النظر هذه.

(3) انظر: J.DUCLOS، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 295 ورقم 310. ـ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE، المذكورين سابقاً، رقم 667.

(4) انظر الرقم 423 السابق. انظر أيضاً C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً رقم 120 وما يليه.

التي تبين أن الغير هو من اكتسب حقوقاً على البراءة.

والقانون يحدد، في الأوضاع المثارة، هو نفسه الغير المعني بالعلنية. والمسألة التي تطرح إذاً هي معرفة ما إذا كانت العلنية، في غياب التحديد الدقيق، تتعلق بأنواع الغير جميعاً. إن هذه المسألة، كما لوحظ، تتعلق على وجه الخصوص بعلنية النظام الزواجي وعلنية التنازل عن العلامات[1].

ولحل هذه المسألة جرى الأخذ بأن «قرينة المعرفة لا فائدة منها إلاّ تجاه الغير الذي بإمكانه اكتساب حق قابل لأن يناقض الحق الذي يحوزه من يتمسك به». وعليه كان الاقتراح بتعريف «الغير» بأنه «شخص محمي بصورة خاصة بإمكانه التمسك بعدم إنجاز العلنية التي يمكن الاحتجاج ضدها بقرينة المعرفة الناجمة عن إتمام معاملات العلنية»[2]. وهذا التعريف يعرض الحقيقة على الأرجح، غير أن له سيئة عدم حل المسألة المعروضة. كيف يمكن، بالفعل، معرفة أيّ غيرٍ تتوجب حمايته على وجه الخصوص؟

ويبدو من الأفضل الأخذ بأن العلنية، في حال عدم وجود نص صريح مخالف، ينبغي أن تنتج مفاعيل تجاه جميع أنواع الغير بدون تمييز. ويمكن الاستناد، لدعم هذا الرأي، إلى القول المأثور يجب عدم التفريق عندما لا يفرق القانون Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. وعلى الأرجح بالفعل أن المشترع، بعدم تحديد حلقة الغير، أراد أن تتعلق العلنية بجميع أنواع الغير شرط أن تكون له مصلحة في التمسك بعدم الحجية الناتجة من عدم العلنية.

وهذا ما يمكن استخراجه من التفسير الاجتهادي للمادة 1690 من القانون المدني. ففي 4 كانون الأول 1985 حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض «بأن الغير، بمعنى هذا النص، ليس إلاّ من لم يكن فريقاً في عقد التفرغ وله مصلحة في أن يكون المتفرغ ما يزال دائناً»[3]. وينجم عن ذلك أن دائني المدين المحال عليه ليسوا غيراً بمعنى المادة 1690 من القانون المدني؛ وليس بإمكانهم إذاً التمسك بعدم التبليغ لدعم أن التفرغ غير قابل للاحتجاج به تجاههم.

---

(1) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة آنفاً، رقم 125.

(2) C-T. BARREAU - SALIOU المذكورة سابقاً، رقم 126، أحرف مائلة في النص.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 336، صفحة 302؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 750، رقم 10، ملاحظة J.MESTRE.

القسم 2

الغش البولياني (أو البوليصي)

455 ـ المصدر التاريخي.

بإمكان الدائنين، حسب المادة 1167، الفقرة الأولى، من القانون المدني، «باسمهم الشخصي، الطعن بالأعمال التي يقوم بها مدينهم غشاً للإضرار بحقوقهم».

يمكن أن يبدو هذا النص، حرفياً، مجرد تطبيق، لصالح الدائنين، للقول المأثور **الغش يفسد كل شيء** fraus amnia corrumpit.

على أن الدعوى البوليانية (أو البولصية)، أو دعوى الرجوع، التي اكتفى واضعو مدوّنة القانون المدني في صدرها بالتذكير بمبدئها في المادة 1167، هي، تاريخياً، قديمة. وكان موضوعها أكثر تحديداً ودقة.

فالدعوى البوليانية مصدرها القانون الروماني[1]، ويعود اسمها إلى الحاكم الروماني بولص Paul الذي أنشأها، ولكنه، في الحقيقة، لم يكن موجوداً على الإطلاق[2].

وما هو أساسي أن هذه الدعوى، في القانون الروماني، كانت تمارس في إطار ملاحقة جماعية، venditio bonorum، عن طريق نوع من الوكيل يمثل جماعة الدائنين Curatar bonorum vendendorum، وكانت نتجتها تفيد الدائنين ولا ريب. وكان الأمر يتعلق، تجاه

---

(1) انظر حول تاريخ الدعوى البوليانية «J.-A. ANKUM, De geschiedenis der «actio paulianer، 1962، مع موجز هام باللغة الفرنسية. انظر أيضاً E.PETIT, Traité élémentaire de droit romain، منشورات Rousseau، الطبعة الخامسة، 1906، رقم 786 وما يليه. L.GUILLOUARD, De l'action paulienne en droit romain et en droit français، أطروحة في كان 1868، ولاسيما «المقدمة التاريخية»، صفحة XX-I.

(2) قارن بـ P.COLLINET, L'origine byzantine du nom de la Paulienne، مجلة تاريخ القانون الفرنسي، 1919، صفحة 187 وما يليها، الذي يقدر، بعد أن لخص دراسته وبيّن أن اسم بوليانية، «الناشيء عن مجرد تفسير بيزنطي»، جرى تعميمه من قبل مدرسة الشارحين في القرون الوسطى، إن الإيمان بالاسم العَلَم ساهم بعد ذلك إلى حد كبير في نجاحها (صفحة 208).

موجودات (أصول) غير كافية لإيفاء الدائنين جميعاً، بالحصول على إبطال العقود التي بموجبها أفقر المدين غشاً ذمته المالية.

كانت هذه الدعوى تستدعي إذاً عسر المدين. وتعاقب، إضافة إلى ذلك، جريمة جزائية حقيقية fraus creditorum، في شكل تعويض بمبلغ كيفي على عاتق الغير المتواطىء على الغش الذي عليه أن يدفعها للدائنين، إلاّ أن يفضل رد المال المهرب من ذمة المدين المالية.

ولم تكن الدعوى البوليانية في القانون القديم تطبق إلاّ نادراً لأن معظم الأعمال كانت تتم أمام الكاتب العدل وتؤدي حكماً، لصالح الدائنين، إلى رهن عقاري عام على أموال المدين، ولم يكونوا بحاجة إلى ممارسة دعوى الرجوع عن التصرف لأنهم يملكون حق التتبع. وأعاد زوال هذا الرهن العقاري العام لدى وضع القانون المدني إلى الدعوى البوليانية أهمية عملية كبيرة، على أن واضعي هذه المدوّنة، لعدم وجود نظرية عامة لدى المؤلفين القدامى الذين كانوا يحيلون إلى القانون الروماني، اكتفوا بالإتيان على ذكر الدعوى البوليانية في المادة 1167 بدون تنظيمها.

456 ـ التطور والتوسيع الحديث.

من التقليدي القول إن هذا التنظيم بقي منسوخاً عن التقليد[1]. بيد أن الدعوى البوليانية تفترق بوضوح عن التقليد الروماني في أن الأمر يتعلق اليوم، على الأقل بالنسبة إلى الدائنين غير التجار، بدعوى فردية لم تعد تمارس إطلاقاً في تصفية جماعية لأموال المدين المعسر. وكان على الاجتهاد، بسبب ذلك، تحقيق بعض التكيّف للحلول التقليدية في أول الأمر. وانطلاقاً من ذلك ينزع اليوم، عن طريق تطور تسارع منذ بضع سنوات، إلى أن يوسع مجال الدعوى البوليانية، وأن يجعل منها معاقبة جميع الأعمال التي يقوم بها المدين انتهاكاً لحقوق دائنيه. وكان هذا التطور منتقداً باسم التقليد. إلاّ أنه يمكن أن يتحلل بالأحكام العامة جداً للمادة 1167 من القانون المدني. أنه يتجاوب، إضافة إلى ذلك، مع حاجة تهذيب الأخلاق في العلاقات بين المدينين والدائنين التي أعطاها دعماً نصياً. غير أن له سيئة إضعاف الطابع الخاص للدعوى البوليانية التي نزعت بالتالي إلى أن تختلط بمعاقبة الغش بشكل عام، وأكثر من ذلك بمجرد المسؤولية المدنية.

وهكذا أصبحت الدعوى البوليانية، التي توسع إطارها هكذا، في أي حال، والتي كانت تقوم على وجه الخصوص بدور واقٍ للردع، تمارس كثيراً كما يشهد على ذلك العدد الكبير نسبياً للأحكام الصادرة في السنوات الأخيرة عن محكمة النقض في هذا الشأن.

457 ـ تفترق الدعوى البوليانية عن الدعوى غير المباشرة ودعوى إعلان الصورية.

الدعوى البوليانية، كما تبين المادة 1167 من القانون المدني، يمارسها الدائنون

---

(1) انظر على وجه الخصوص، G.RIPERT et J.BOULANGER, Traité de droit civil، الجزء II، 1957، صفحة 524، رقم 1396، إبراز «مقال مدهش للمحافظة في المؤسسات القانونية».

«باسمهم الشخصي»[1]. وتتعارض في ذلك مع الدعوى غير المباشرة التي يمارس فيها الدائن دعوى تعود إلى مدينه. ولا يتعلق الأمر بمعالجة جمود هذا المدين وإنما باستبعاد نتائج نشاطه الغشي.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 25 شباط 1986[2]، «بأن الغش البولياني، في قضية أُدخلت استناداً إلى المادتين 1166 و 815 ـ 7، الفقرة 3، من القانون المدني، حيث يمارس الدائن حقوق مدينه، لا يمكن أن يستند إليه الدائن، خلفه، لإبطال عمل يشكل عقبة أمام ادعائه».

وتهدف الدعوى البوليانية إلى إبطال عقد عيني. وهي تفترق بذلك عن دعوى إعلان الصورية التي تتيح للدائن أن يثبت أن عملاً اغتصب مال مدينه ما هو سوى ظاهر، وأن هذا المال، في الحقيقة، لم يخرج من ذمة مدينه المالية ويمكن بالتالي حجزه. وهاتان الدعويان اللتان كانتا مختلطتين لمدة طويلة هما اليوم متميزتان بوضوح ذلك بأن إبطال عمل غشي، وإنما حقيقي، لا يخضع للنظام عينه إلاّ في مجرد إثبات الحقيقة عن طريق تدمير ظاهر خدّاع[3].

458 ـ الدعوى البوليانية هي دعوى شخصية.

توجه الدعوى البوليانية عملياً ضد الغير المتواطىء مع المدين في الغش[4]، مع أن هذا المدين مقحم دائماً في القضية. وهي تهدف إلى إرجاع المال المهرب إلى ذمة المدين المالية. وهي تقترب هكذا من دعوى الإبطال. على أن محكمة النقض تستبعد وصف الدعوى

---

(1) مما لا يمنع «مكتسب ملكية عقار الذي دفع لدائن الرهن العقاري» وبذلك «يحل محله في حقوقه جميعاً» من ممارسة الدعوى: الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 155، صفحة 131.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 35، صفحة 31. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 نيسان 1988، النشرة المدنية، I، رقم 101، صفحة 69، الذي بيّن «أن الرجوع عن هبة بين الزوجين ينشأ عن حق مرتبط حصراً بالشخص وهو بذلك غير قابل لأن يمارسه الدائن مكان مدينه»، ويستبعد بهذه الحجة القانونية الصرف مطمئناً مستنتجاً من أن قضاة الاستئناف لم يجيبوا على ادعاء الإبطال المبني على المادة 1166 من القانون المدني. وخلاصة هذا الحكم (مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة .G، IV، صفحة 217) تطبق هذه الحجة على الدعوى التي يمارسها، بالموازاة، الدائن استناداً إلى المادة 1167، مما يبدو أنه تشويه للحكم الذي لم يكن في وارد أن يطبق على هذا النص الأخير قاعدة محددة بالطبع بالمادة 1166 ومرتبطة بواقع أن الدائن لا يمارس حقاً خاصاً وإنما حق مدينه.

(3) انظر الرقم 553 اللاحق.

(4) حسب محكمة النقض «يجب أن توجه ضد الغير مكتسب الملكية»؛ وإلاّ فإن الدفع بالإجراء بأن الغير لم يكن فريقاً في الاستئناف «يشكل دفعاً بعدم سماع الدعوى يمكن اللجوء إليه في أي حال»: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 229، صفحة 165؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة .G، II، 21905، تعليق G.BOLARD. انظر بالمعنى عينه النقض التجاري، 4 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 207، صفحة 199.

العينية أو المختلطة الذي أخذ به بعض محاكم الاستئناف، لصالح الدعوى الشخصية[1]. وهذه الدعوى لا تضمن بالفعل حقاً عينياً؛ فهي ليست سوى امتياز مرتبط بصفة الدائن ومبني على حق شخصي[2]. وينتج عن ذلك أن الغير مكتسب ملكية مال مهرب غشياً ليس بإمكانه مواجهة الدعوى البوليانية بالتقادم (مرور الزمن) المكسب لعشر سنوات أو عشرين سنة بالتمسك بصفته المحتملة كحائز حسن نية. والأمر لا يتعلق بالفعل بنزاع على الملكية وإنما بممارسة دعوى شخصية[3].

459 ـ الدعوى البوليانية والإجراءات الجماعية.

تحدد المادة 107 وما يليها من قانون 25 كانون الثاني 1985 الأعمال الباطلة أو التي يمكن إبطالها من قبل المحكمة إذا «أقدم المدين عليها منذ تاريخ التوقف عن الدفع». وعندما يكون البطلان إلزامياً تكون البرهنة أياً كانت على الضرر أو الغش لا طائل تحتها. وعندما يكون اختيارياً ينبغي أن يكون تعامل الغير مع المدين مع المعرفة بالتوقف عن الدفع (المادة 108).

وإلغاء جماعة الدائنين يستدعي بالضرورة إلغاء العقوبة التقليدية[4] المستخرجة من

---

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 آذار 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، II، 8618، تعليق G.PLATTET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1955، صفحة 354، ملاحظة P.HÉBRAUD ـ النقض المدني، 30 تموز 1884، Sirey 85، 1، صفحة 77؛ Dalloz 85، 1، صفحة 62. قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية 10 كانون الثاني 1990، جريدة القانون الدولي، 1990، صفحة 503، تعليق J.-M. BISCHOFF، مجلة القانون الدولي الخاص الناقدة، 1991، صفحة 151، تعليق B.ANCEL، الذي، بعد أن بيّن أن «الدعوى «البوليانية» أساسها الحق في الدين، وحق شخصي للدائن تجاه مدينه، وأن موضوعه حماية حق الرهن الذي يمكن أن يملكه الدائن على ذمة المدين المالية»، يأخذ بأنها لا تدخل في حقل تطبيق المادة 16، الفقرة 1، من اتفاقية بروكسل في 27 أيلول 1968 التي تعهد إلى محاكم الدولة المتعاقدة الكائن العقار فيها بصلاحية حاصرة في مادة الحقوق العينية العقارية.

(2) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 1061، صفحة 805 وصفحة 806. ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS, Obligations - théorie générale، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف Fr.CHABAS، 1991، صفحة 1081، رقم 1001. ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ, Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، 1989، صفحة 170 وصفحة 171، رقم 188. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، 1954، صفحة 301، رقم 968.

(3) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 1061، صفحة 806. ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1424 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء، VII، الطبعة الثالثة، تأليف J.RADOUANT، صفحة 297، رقم 966.

(4) M.JEANTIN, Droit commercial، الطبعة الثالثة، 1992، رقم 810، صفحة 435. ـ F.DERRIDA, P.GODÉ, J.-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 232، صفحة 1424.

اللاّحجية[1]. والدعوى الجديدة للبطلان لقانون الإجراءات الجماعية، مع أنها ترتكز بالطريقة عينها على فكرة الغش، لم يعد من الممكن وصفها «بالدعوى البوليانية المعززة»[2].

ونظامها أقسى من نظام الدعوى البوليانية[3]، ليس لأن البطلان لا يحد مفاعيله بالدائن الملاحق ويطبق على الجميع وحسب[4]، وإنما يضاف إلى ذلك أنه يطبق حتى على المدفوعات المستبعدة، تقليدياً، من حقل تطبيق الدعوى البوليانية. كما أن منفعة الدعوى تفيد المدين الذي يكون نشاطه هكذا محبذاً. أن لها، عندما يمارسها المدير أو ممثل الدائنين أو المصفي أو مفوض تنفيذ البرنامج، «مفعول إعادة تكوين موجودات المدين (أصوله)».

هل يعني ذلك أن الدائن بإمكانه ممارسة الدعوى البوليانية عندما تجتمع شروط ممارستها في شخصه؟

أجاب الاجتهاد، في ظل قانون 13 تموز 1967، بتأكيد ذلك بقبول الممارسة الفردية للدعوى البوليانية التي يجب أن تكون نتيجتها إفادة مجموعة الدائنين[5].

وذكّرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 22 تموز 1986[6]، بأن الدعوى البوليانية يمكن أن تمارس لمصلحة جماعة الدائنين من قبل الوكيل وحسب، وإنما أيضاً من قبل دائن «تعود هذه الدعوى إليه فردياً قبل حل الصلح».

كما ذكّرت الغرفة ذاتها، في 13 شباط 1990[7]، بالمبدإ الذي بمقتضاه «يفقد فسخ العمل الغشي، ما دام أنه يُحكم به بعد فتح إجراء التسوية القضائية أو تصفية الأموال ضد مرتكب الغش، طابعه النسبي عادة وينتج مفعوله تجاه الدائنين جميعاً ولصالحهم، بمن فهيم من نشأ حقهم بعد ارتكاب الغش والذين، لولا حدوث الإجراء الجماعي، ما كانوا يتمسكون بأحكام المادة 1167 من القانون المدني ولا كانوا يستفيدون من تطبيقها». واستنتجت في حكم نقض، في 26 كانون الثاني 1988[8]، من هذا المبدإ نفسه «أن أحكام الانتظام العام

---

(1) المادة 29 وما يليها من قانون 13 تموز 1967.

(2) G.RIPERT et R.ROBLOT, Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الثالثة عشرة، تأليف R.ROBLOT، 1992، رقم 3109، صفحة 1068.

(3) انظر حول ممارسة الدعوى البوليانية من قبل وكيل التفليسة القديم، J.GHESTIN, La prophétie réalisée, à propos de l'arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 7 janvier 1976, déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation des préjudice de la masse، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة .G، I، 2776، رقم 17 وما يليه.

(4) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، مصنف الاجتهادات المدني، البند 1167، الكرّاسة 39 (1988)، رقم 15. ـ F.DERRIDA, P.GODÉ et J.-P. SORTAIS، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 351، صفحة 236 وما يليها.

(5) انظر: M.PLANIOL et G.RIPERT. المرجع عينه، الجزء VII. الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 304، رقم 970.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 172، صفحة 147.

(7) النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 29.

(8) النشرة المدنية، IV، رقم 54، صفحة 38.

المتعلقة بتنظيم الإجراء الجماعي وممارسته التي عدلت شروط ممارسة الدعوى البوليانية ومفاعيلها، يجب أن تطبق.

ويمكن التفكير، رغماً عن أحكام المادة 46 من قانون 25 كانون الثاني 1985 التي تخص ممثل الدائنين وحده بأهلية المقاضاة باسمهم ولمصلحتهم، في أن الدائن الذي يتصرف بمفرده بإمكانه الاستمرار في ممارسة الدعوى البوليانية[1]. فصياغة المادة 46 في أول الأمر قريبة من صياغة المادة 13 من قانون 13 تموز 1967 التي، مع أنها احتفظت لوكيل التفليسة باحتكار الدعوى، لم تمنع الاجتهاد من السماح بدعوى الدائن[2]. يضاف إلى ذلك أن الاعتداء على احتكار ممثل الدائنين ليس مبطلاً عندما يكون هذا الممثل، فضلاً عن ذلك، مقصراً إلى حد كبير[3]. والدعوى البوليانية أخيراً تقام أيضاً ضد الغير المتواطىء؛ والحال أن الدعاوى ضد الغير لا تعلق بفتح الإجراء[4].

وبهذا المعنى حكمت محكمة استئناف باريس، في 4 شباط 1994[5]. غير أنها قبلت أن يكون بإمكان الدائن ممارسة الدعوى البوليانية باسمه الشخصي بالنسبة إلى المادة 47 من قانون 25 كانون الثاني 1985 وحدها.

ومسألة تخصيص النتيجة بالدعوى، بالمقابل، غير أكيدة إلى حد كبير. فإلغاء جماعة الدائنين والتخفيف الواضح للطابع الجماعي للإجراء لم يعد يتيح الاحتفاظ بالفائدة لمجموعة الدائنين. كما أن الفقه الأكثري يأخذ بأن نتيجة الدعوى ينبغي أن تفيد الدائن الملاحق وحده[6].

على أنه من المسموح به التساؤل حول صحة حل كهذا. فإذا كان الطابع الشاذ للممارسة الفردية للدعوى البوليانية بالنسبة إلى المادة 46، الفقرة 1، مقبولاً، فلاشيء يسوّغ أن تشذ نتيجتها أيضاً عن المادة 46، الفقرة 2: فهذه النتيجة كانت تفيد، قبل عام 1985، جماعة الدائنين، ويجب أن تدخل اليوم في ذمة المدين المالية. لا شك في أن الحل يمكن أن يبدو تناقضياً عندما تعاقب الدعوى البوليانية غش المدين، وهو موضع انتقاد لأن إرجاع المال إلى ذمة المدين المالية يناقض الطبيعة القانونية للدعوى بمماثلتها بدعوى بطلان

---

(1) انظر بهذا المعنى محكمة استئناف فرساي، 28 كانون الثاني 1993، Dalloz - Sirey 1993، صفحة 95 من التقرير. بالإضافة إلى G.RIPERT et R.ROBLOT، المرجع عينه.

(2) انظر: M.JEANTIN، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 810، صفحة 435، التعليق 7.

(3) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، المرجع عينه، رقم 93.

(4) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، المرجع عينه، رقم 17.

(5) Dalloz - Sirey 1994، صفحة 20، من التقرير.

(6) J.DEVÈZE et C.SAINT-ALARY-HOUIN، المرجع عينه. - F.DERRIDA, P.GODÉ et J.-P. SORTAIS، المرجع عينه، رقم 166، صفحة 152. أضف إلى ذلك G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 166، صفحة 152. انظر بالمعنى عينه، محكمة استئناف باريس، 4 شباط 1994، المذكورة آنفاً، التي بينت أن ممارسة الدعوى البوليانية تنزع إلى جعل العمل الذي تم لغش الدائن غير محتج به تجاهه.

عادية[1]. بيد أن المؤسسة، أخذاً في الحسبان أن استمرارها يتفوق في النص القانوني الجديد، يجب أن تكون مفضلة، ولو كان ذلك بتشويه القانون العام للدعوى البوليانية[2]. ألم تكن كذلك قبل عام 1985 بالسماح بأن يكون مفعولها جماعياً[3]؟

ولا يستعيد النص الجديد المادة 78 من قانون 13 قانون 13 تموز 1967 التي كانت تقضي بأن «الأعمال التي يقوم بها المدين بين التصديق على الصلح وحله أو إبطاله لا يمكن أن تكون باطلة إلاّ في حالة الغش بالنسبة إل حقوق الدائنين ووفقاً لأحكام المادة 1167 من القانون المدني». وللأعمال التي يعقدها المدين تنفيذاً للبرنامج، ما عدا العودة إلى الحقوق التي اكتسبها الغير نظامياً، يجب الأخذ بها. ويفسر إلغاء النص بواقع أن التحفظ العائد للغش وحده لم يعد ثمة ما يدعو إلى أن يكون قائماً عندما يكون أساس هذه الأعمال حكم يوقف البرنامج، وهذه المخاطرة استبعدت[4].

460 ـ الطبيعة القانونية للدعوى البوليانية.

لتحديد الطبيعة القانونية للدعوى، في حال غياب تنظيم في النصوص، أهمية عملية خاصة. ينبغي أن تتيح بالفعل تحديد نظامها القانوني بالإسناد إلى نمط معروف.

والدعوى البوليانية تظهر، بداهة، كدعوى بطلان. هكذا وصفت في المادتين 622 و 788، الفقرة 2، من القانون المدني.

إنها تعطي الدائنين، بالفعل، حق الطعن بالعمل الغشي لنزع فعاليته رجعياً. على أن تدمير هذا العمل محدود بما هو ضروري لحماية الدائنين، وهو لا يطال علاقات المدين بالغير مكتسب الملكية[5]. ومن الأصح التمسك بمجرد لاحجية تجاه الدائن الذي مارس الدعوى[6].

---

(1) F.DERRIDA, P.GODÉ et J.-P. SORTAIS، المرجع عينه.

(2) انظر بهذا المعنى A.HONORAT، تعليق على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 كانون الثاني 1988، Dalloz 1988، صفحة 337 من الموجز. ـ محكمة استئناف ڤرساي، 28 كانون الثاني 1993، المذكورة سابقاً التي بينت أن إبطال العمل، عندما يتم بعد إجراء جماعي، يفقد طابعه النسبي ويكوّن من جديد موجودات المدين (أصوله).

(3) انظر: J.PERCEROU، تعليق على حكم غرفة العرائض في 29 تموز 1908، Dalloz الدوري 1910، 1، صفحة 409.

(4) انظر: J.-L. VALLENS, La résolution du plan de redressement, مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة E، II، 14979، رقم 12.

(5) انظر H.SINAY, Action paulieme et responsabilité délictuelle à la lumière de la jerisprudence récente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 183.

(6) انظر بهذا المعنى F.TEERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 805، رقم 1060. ـ H.-L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS, المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 1802، رقم 1002. ـ Ph.MALAURIE et L.AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1038، صفحة 589. ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، =

بيد أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أعلنت أن الدعم الذي يأخذ على قضاة الاستئناف أنهم أعلنوا لصالح دائني الواهب أن الهبة باطلة بسبب الغش البولياني ولم يعلنوا أنها غير محتج بها تجاه هؤلاء الدائنين، هو غير مقبول[1]. إلا أن الغرفة نفسها طرحت بوضوح من حيث المبدأ، في حكم نقض بتاريخ 3 كانون الأول 1985[2]، أن الدعوى البوليانية لا يمكن أن تسوّغ إلاّ اللاّحجية تجاه دائن العمل الغشي ولا تسوّغ بطلانه. وينتج عن ذلك أن تقادم (مرور الزمن) الخمس سنوات المطبق على البطلان النسبي يجب استبعاده. فالدعوى البوليانية ليست خاضعة إلاّ لتقادم القانون العام لثلاثين سنة[3].

ولكن اللاّحجية لا تتعلق إلاّ بمفاعيل الدعوى البوليانية وليس بشروط ممارستها التي تفرض الإضرار بالدائن وغش المدين والغير مكتسب الملكية حتى مكتسب الملكية من الباطن الاحتمالي. وهذه الشروط، والغش يشكل بالضرورة خطأ المدين، هي شروط المسؤولية المدنية التي تربط هكذا الدعوى بمصدرها الجزائي. والبطلان، أو اللاّحجية، يفرض بقوة القانون على مكتسب الملكية من الباطن، ولو كان حسن النية، طالما أنه ليس بإمكان أحد أن ينقل أكثر من الحقوق التي يملكها هو نفسه. والحال أن إبطال التفرغ عن مال لمكتسب الملكية من الباطن يخضع لتواطؤ هذا الأخير في الغش البولياني. أن حلاً كهذا لا يمكن أن يسوّغ إلاّ بأساس تعويضي. هناك نزعة اليوم إلى الإعتراف به للاّحجية التي هي نتيجة الدعوى البوليانية[4].

على أنه من المناسب بيان أن الإبطال لا يخضع على الإطلاق للبرهنة على تواطؤ الغير عندما يستفيد من عمل مجاني مما يستبعد الدعوى البوليانية للمسؤولية المدنية، على الأقل إذا

= المرجع عينه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1426. تحدد المادة 788 من القانون المدني صراحة أن إبطال العدول لا يتحقق «إلاّ لصالح الدائنين مقابل ديونهم وحسب».

(1) 28 شباط 1978، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 64.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300؛ مجلة قصر العدل، 1986، 1، صفحة 241 من الموجز. ملاحظة A.PIELIÈRE ـ قارن حكم الغرفة المدنية الأولى، 15 تشرين الأول 1980، مجلة قصر العدل 1981، 1، بانوراما، ص 42. ـ انظر الرقم 498 اللاحق وما يليه والرقم 503 اللاحق.

(3) انظر بهذا المعنى M.PLANIOL et G.RIPERT. المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 297، رقم 966، وهما يتمسكان عن خطإ باستحالة تأكيد في حين أنها ليست أساس التقادم الخمسي. ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 805، رقم 1060. ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 534، رقم 1423. أضف إلى ذلك حكم النقض المدني 9 شباط، 1865، Dalloz الدوري 65 ، 1 صفحة 19؛ Sirey 65، 1،، صفحة 65.

(4) انظر: H.SINAY، المقالة المذكورة سابقاً. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 300، رقم 967: «دعوى بطلان لهدف تعويضي». ـ A.WEILL et F.TERRÉ، المرجع عينه، الطبعة السادسة، صفحة 889، رقم 877: «دعوى المسؤولية على أساس تعويضي»؛ يبدو هذا التحليل قد جرى التخلي عنه في الطبعة التالية: F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1059 ورقم 1060.

أخذنا ـ بشكل حصري تقريباً ـ بأنها يُستدل عليها من فكرة الخطإ[1].

وينبغي التنبه إلى أنه إذا كان الغش مفهوماً مستقلاً ومتميزاً عن المسؤولية المدنية، لأن وجود الضرر وتحديد علاقة السببية بين الضرر والعمل المجرّم ليسا ضروريين لتطبيق المبدإ القانوني العام الغش يفسد كل شيء[2]، فإن هذا التفريق لا يطبق في الدعوى البوليانية إلاّ في النادر. فهذه الدعوى تفترض، بالفعل، ضرر المدعي الذي سبّبه العمل المجرّم. أما اللاّحجية فيمكن تحليلها، بصورة عامة، إمّا كنتيجة للغش، وإمّا كالتعويض العيني الأكثر ملاءمة عن الضرر المسبب للدائن.

ولا شك في أن اللاّحجية التالية للغش تستبعد الضرر وتجعل التعويض عنه على أساس المسؤولية المدنية غير مفيد[3]. ولكن الاجتهاد، بصورة عامة، لا يراعي هذا التحليل ويختار استعمال مفهوم الغش أو مفهوم المسؤولية لأسباب ملاءمة أو بالإسناد إلى حلول تقليدية[4].

ونفهم في هذه الظروف أن الغش البولياني ينزع إلى الاستغراق في المسؤولية المدنية التي تأتي قواعدها، في أي حال، في الاجتهاد التقليدي، لإكمال مجالها التقليدي وتوسيعه[5]. وهذا ما سنراه لدى درس شروط ممارسة الدعوى البوليانية ومفاعيلها على التوالي.

---

(1) قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 26 آذار 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة N، II، 393، تعليق E.KERCKHOVE؛ مجلة القانون الدولي الخاص الناقدة، 1992، صفحة 714، تعليق B.ANCEL، الذي يأخذ بأن الدعوى البوليانية لا تعود إلى «مادة تقصيرية أو شبه تقصيرية» بمعنى المادة 5 ـ 3 من اتفاقية بروكسل في 27 أيلول 1968، بحجة «أنها ليست موجهة ضد المدين وحسب وإنما كذلك ضد المستفيد من العمل، وهو الغير بالنسبة إلى الموجب الذي يربط الدائن بمدينه، بما في ذلك إذا كان العمل بصفة مجانية، عندما لم يكن المدين قد ارتكب أي خطإ» (نقطة 19).

(2) انظر J.VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français، أطروحة في تموز، 1957، مقدمة G.MARTY صفحة 363 وما يليها.

(3) قارن بحكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية في 26 آذار 1992 المذكور سابقاً الذي يبين أن الدعوى البوليانية «ليست إدانة المدين بالتعويض عن الأضرار التي سبّبها هذا المدين لدائنه بعمل غشي وإنما لكي تزيل بالنسبة إلى الدائن مفاعيل عمل التصرف الذي قام به مدينه» (النقطة 19).

(4) انظر المدخل العام، رقم 766، صفحة 754 وما يليها.

(5) انظر حول هذه الظاهرة H.MAZEAUD, L'absorption des règles juridiques par le principe de la responsabilité، Dalloz الدوري 1935، صفحة 5 وما يليها من العرض. وانظر أيضاً حول العلاقات بين دعوى المسؤولية والدعوى البوليانية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 شباط 1978، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 56، الذي يقبل ممارسة الدعوى البوليانية في حين أن المدعي سبق أن حصل على العطل والضرر للتعويض عن الأعمال الغشية أمام القضاء الجزائي، مع تحديد أنه لن يتمكن من الاحتفاظ بالعطل والضرر المذكورين «خارج الضرر الذي يبقى بعد رد المال».

الفقرة 1 ـ شروط ممارسة الدعوى البوليانية

461 ـ جميع الأعمال القانونية يمكن، مبدئياً، الطعن فيها بالدعوى البوليانية[1].

لا يهم كثيراً، على وجه الخصوص، أن يكون القانون قد وضع نظاماً خاصاً للحماية، ولاسيما في شكل حق الاعتراض في مهلة محددة.

فقد حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 11 شباط 1986[2]، بأن الدعوى البوليانية تبقى مفتوحة بعد انقضاء مهلة ثلاثين يوماً ناتجة عن مرسوم 23 آذار 1967 لإقامة الدعوى الخاصة التي أعطاها قانون 24 تموز 1966 للدائنين لتقديم اعتراضهم «عندما تصادق جمعية شركة مغفلة على مشروع تخفيض رأسمال غير معلل بالخسائر». «وهذا الدوام الاحتياطي للدعوى البوليانية» جرى تقديره[3] كهامّ بصورة خاصة وقد تساءل فيه بعض المؤلفين عما إذا كان هذا الدوام بإمكانه إتاحة سدّ بعض الثغرات في نظام أعمال الفترة المشبوهة الناتجة عن قانون 25 كانون الثاني 1985.

وحكمت الغرفة ذاتها، في 12 كانون الثاني 1988[4]، «بأن دائني بائع مؤسسة تجارية، سواء اعترضوا على دفع الثمن أم لا، يحق لهم الطعن، تطبيقاً للمادة 1167 من القانون المدني، في التفرّغ الذي قام به مدينهم غشاً للإضرار بحقوقهم».

462 ـ على أن بعض الأعمال تخضع لنظام خاص[5].

هذا هو في أول الأمر حال القسمة التي تتناول إعادة النظر فيها الاعتداء المفرط على المصالح المعقدة ذات الطبيعة العائلية المعرّضة للخطر. وحسب المادة 882 من القانون المدني «باستطاعة دائني شريك في القسمة، لتجنب أن تكون القسمة قد حصلت عن طريق الغش بالنسبة إلى حقوقهم» (بتخصيص المدين بأموال من السهل إخفاؤها أو تقويمها بأكثر من قيمتها) «الاعتراض على قيامهم بعملهم في غيابهم: إن لهم الحق في التدخل على نفقتهم، غير أنهم لا يستطيعون الطعن في القسمة المستهلكة إلا أن يكون قد تمّ اللجوء إلى العمل بدونهم وللأضرار باعتراض يمكن أن يتقدموا به»[6].

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106، الذي أخذ بتطبيق ذلك في بيع بالمزاد العلني العمومي.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 602، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE، حكم غير منشور في النشرة الرسمية.

(3) J.MESTRE، الملاحظة المذكورة سابقاً.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 14.

(5) انظر الرقم 474 اللاحق، بالنسبة إلى النظام المطبق على الدفع والرقم 475 اللاحق في شأن النظام المتعلق بالأعمال التي تتناول الحقوق العائدة للذمة المالية المرتبطة بالشخص حصراً.

(6) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 198. ـ 10 نيسان 1973، النشرة المدنية، I، رقم 137، صفحة 123. ـ حكم غرفة =

بيد أن الاجتهاد يحدد تطبيق هذا النص على قسمة الإرث أو أموال الزوجين المشتركة[1]. يضاف إلى ذلك أن الدعوى البوليانية مقبولة «للطعن في قسمة جرت ضمن شروط لا تمكّن «الدائن» من الاعتراض عليها»[2].

وقد ذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 تشرين الأول 1985[3]

= العرائض في محكمة النقض، 21 شباط 1905، Dalloz 1905، 1، صفحة 264. ـ 9 تموز 1866، Dalloz 66، 1، صفحة 369؛ Sirey 66، 1، صفحة 361.

(1) استبعده الاجتهاد بصفة خاصة بالنسبة إلى قسمة الشركة: حكم غرفة العرائض في 20 تشرين الثاني 1854، والحجة مبينة في Dalloz 35، 1، صفحة 38؛ Sirey، 1835، 1، صفحة 131. ـ 9 تموز 1866، الحكم المذكور سابقاً. ـ حكم النقض المدني في 17 تشرين الثاني 1890، Dalloz 91، 1، صفحة 25؛ Dalloz94، 1، صفحة 399. انظر مع ذلك حكم النقض المدني، 18 تموز 1899، Dalloz 1900، 1، صفحة 17، تعليق P. LOYNES؛ Sirey 1900، صفحة 27، إعلان أن إمكانية الاعتراض ضمن الشروط المحددة في المادة 882 تطبق على الشركات، وإنما بدون الحكم في شأن استبعاد الدعوى البوليانية تلازمياً؛ وبالنسبة إلى قسمة شراء مشترك: حكم غرفة العرائض في 28 أيار 1895، الحجة واردة في D. 96، 1، صفحة 154؛ S. 95، 1، صفحة 385، تعليق Ch. LYON-CAEN؛ وبالنسبة إلى قسمة الفروع: حكم غرفة العرائض، 12 تشرين الثاني 1872، D. 72، 1، صفحة 78. ـ 21 تموز 1903، Dalloz 1904، 1، صفحة 495. ـ محكمة استئناف الجزائر، 17 آذار 1949، مصنف الاجتهاد الدوري، 1949، II، 5157، تعليق E.BECQUÉ. وعلى نقيض ذلك حكم محكمة استئناف بوردو، 8 حزيران 1903، Dalloz 1904، 2، صفحة 22.

(2) حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1935، Dalloz الاسبوعي 1935، صفحة 474. انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، 22 كانون الثاني 1930، S. 1930، 1، صفحة 215. ـ النقض المدني في 27 كانون الأول 1926، Sirey 1927، 1، صفحة 111. ـ إضافة إلى ذلك M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 280، رقم 952 ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 809، رقم 1066 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 160، رقم 174 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 527، رقم 1406.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 239، صفحة 239؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، IV، صفحة 9. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الأول 1985، النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE، ابراز «إسراع محسوب» وضع صاحب العلاقة «في استحالة التدخل في القسمة أو الاعتراض عليها». ـ 16 حزيران 1981، النشرة المدنية، I، رقم 212، صفحة 174؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 407، رقم 25، ملاحظة R.NERSON et J.RUBELLIN- DEVICHI، ويبين الحكم أن القسمة كانت مستهلكة «بسرعة لمنع اعتراض دائن المدعي وتدخله». 29 أيار 1979، النشرة المدنية، I، رقم 157، صفحة 127؛ Defrénois 1980، البند 32267، صفحة 605، ملاحظة G.CHAMPENOIS؛ Dalloz-Sirey 1979، صفحة 496 من التقرير، ملاحظة D.MARTIN؛ بالنسبة إلى قسمة وهمية من أجل «إخفاء هبة». ـ محكمة استئناف فرساي، 18 نيسان 1988، Dalloz 1988، صفحة 161 من التقرير، في شأن قسمة «سريعة وصورية». ـ محكمة استئناف نانسي، 16 شباط 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، IV، صفحة 147، ومحكمة استئناف باريس، 21 آذار 1984، 1986، Dalloz-Sirey صفحة 131، تعليق G.POTIRON، في صدد قسمة صورية. ـ محكمة استئناف Aix-en-Provence، 14 شباط 1980، Dalloz 1981، صفحة 502 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR، بالنسبة إلى قسمة جرت في ظروف سريعة. ـ أضف إلى ذلك محكمة استئناف فرساي، 11 آذار 1993، Dalloz-Sirey 1993، صفحة =

«بأنه إذا كان بإمكان المدين، استثناء للمبدإ المطروح، الطعن في القسمة المستهلكة التي توفر له مطعناً، فإن ذلك شرط إثبات أنه تم اللجوء إليها في ظروف لم تكن لتسمح له بالاعتراض عليها عقب إسراع محسوب تواطأ فيه الشركاء في القسمة للقيام بها أو كذلك إذا تم القيام بقسمة صورية».

وتُخضع المادة 69 من قانون 13 تموز 1930 (المادة 132 ـ 14 .L من قانون التأمين) التأمين على الحياة لنظام خاص. فليس بإمكان الدائن استرداد علاوات التأمين التي دفعها مدينه إلاّ أن تكون مبالغاً فيها بصورة جلية بالنسبة إلى إمكانياته[1].

أما الأحكام التي يمكن أن تخفي غشاً للإضرار بحقوق الدائنين، ولاسيما في دعاوى فصل الأموال التي تسهّل نقل أموال الزوج إلى زوجته، فليس بإمكان الدائنين استعمال الدعوى البوليانية تجاهها. غير أنهم يملكون طريق مراجعة خاصة: اعتراض الغير[2]. كما أن بإمكانهم أيضاً التدخل في الدعوى[3].

463 ـ تتطلب ممارسة الدعوى البوليانية بشكل أساسي دين المدعي وكذلك ضرر الدائن الناتج عن الغش.

I ـ دين المدّعي

464 ـ الدعوى البوليانية مفتوحة أمام الدائنين كافة.

الدعوى البوليانية مخصصة للدائنين. وبالمقابل بإمكان جميع الدائنين ممارستها، بمن فيهم الموصى لهم بمبالغ من المال فأصبحوا دائني الوريث بقبولهم والدائنون العاديون أصحاب الامتيازات الذين، رغماً عن حق التتبع الاحتمالي، تحتفظ لهم الدعوى البوليانية بمنفعة خاصة حتى ولو تناولت الدين المرهون[4].

= 303، تعليق J.REVEL، في ما يتعلق بتصديق الاتفاقية النهائية في شأن الطلاق بالرضا المتبادل.

(1) G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 161، رقم 175. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 276، رقم 947 مكرر.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، II، رقم 15، صفحة 8؛ Dalloz-Sirey 1992، صفحة 129 من الموجز، ملاحظة P.JULIEN (إعادة وصف دعوى بوليانية بأنها اعتراض الغير).

(3) G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II؛ الطبعة الثانية، صفحة 161، رقم 174. ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 258، رقم 1407. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 273، رقم 944.

(4) انظر M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 284، رقم 953 ورقم 954 ـ إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون =

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة مع ذلك، في 6 تموز 1993[1]، بأن الدائن لم يكن بإمكانه الطعن، عن طريق الدعوى البوليانية، في هبة جرت على قسم من تجمع أملاك متجاورة كانت هناك موافقة على رهنها، إلا أن يكون لهذه الهبة مفعول إنقاص ضمانه. ولم يكن الأمر على هذا النحو في القضية الراهنة، بسبب حق التتبع المرتبط بالرهن المسجل على المال. ان هذا الحكم الذي لم يكن حول هذه النقطة موضوع نشر في النشرة الرسمية بسبب عدم فائدته[2] مما ينقص مداه المعياري، بت باجتهاد قديم وإنما مستقر لا يقيّد حقوق الدائن المرتهن[3]. وهو قابل للانتقاد على صعيدين. أنه يفرّق، من وجهة نظر نصّية، في مادة تستهدف فيها المادة 1167، بالإسناد إلى المادة التي تسبقها، «الدائنين»، بدون التفريق بين الدائنين المرتهنين والدائنين الآخرين. أنه يُجري، بالنسبة الأساس، نوعاً من الخلط بين حق التتبع والدعوى البوليانية، في حين إن الإواليتين لا تستجيبان للشروط عينها ولا تؤديان إلى نتائج متماثلة[4]. وبتعابير أخرى أن مطرح الحق وحده الذي يملكه الدائن المرتهن مشترك بينهم، مما لا يعني بالضرورة أن الضمان الذي يستفيد منه له المدى عينه في الحالتين. لا يمكن بالتالي الاستخلاص بصورة عامة أن حق التتبع الذي لا ينقص ضمان الدائن المرتهن يمنع عليه ممارسة الدعوى البوليانية، والأمر يتعلق بالتأكيد بمسألة حالة[5].

ولا يستطيع ممثل الدائنين، في حالة التقويم القضائي، ممارسة الدعوى البوليانية إذا لم يثبت أن ثمة دائنين آخرين غير الذين انضم إليهم وكانت دعواهم قد سقطت عقب تخلّيهم الإرادي عن حقوقهم. إن الحل مسوّغ بأن هذا الممثل لا يستطيع، لأنه لم يعد يملك حقوق الدائنين ذاتها، أن يطمح إلى إقامة هذه الدعوى مكانهم[6].

= الثاني 1993 (النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4) الذي أخذ بأن الدعوى البوليانية مفتوحة أمام الشخص الحالّ في حقوق الدائن المرتهن الذي كان يحوزها.

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G.، IV، 2385، المصرف المتحد عبر البحار.

(2) النشرة المدنية، II، رقم 264، صفحة 145 (الدعم الثاني).

(3) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 2 آب 1836، S. 36، 1، 657، منح الدائن المرتهن دعوى بوليانية، في حين أن الطعن يدعي أن هذا الدائن لم يسقط حق في التتبع وفي إمكانية تعلية المزاد. أضف إلى ذلك حكم النقض المدني في 27 تموز 1904، مجلة قصر العدل، 1904، 2، صفحة 292 (إهمال المدين المرتهن استعمال الإمكانية التي تعود إليه في تعلية المزاد قليل الأهمية). ـ حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 18 شباط 1878، Dalloz 78، 1، صفحة 291؛ Sirey78، 1، صفحة 165 (إن اتخاذ صفة من رسا عليه الالتزام لا يستدعي عدول الدائن المرتهن عن ممارسة الدعوى البوليانية). ـ 18 كانون الثاني 1941، Dalloz 41، 1، صفحة 180 (إبلاغ العقد وانقضاء مهلة المزايدة لا يمنعان دعوى الدائن المرتهن). ـ 14 شباط 1826، الاجتهاد العام (1858)، v، الحرمان والرهن، رقم 2114 (ممارسة إمكانية تعلية المزاد عندما يعلن بطلانها لا تمنع الدائن المرتهن من المقاضاة للرجوع ـ استناداً إلى المادة 1167 ـ).

(4) G.GROUBER De l'action paulienne en droit civil français contemporain، أطروحة في باريس، 1913، رقم 208 وما يليه.

(5) قارن بـ Ch. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء II، 1869، رقم 228، صفحة 230.

(6) انظر حكم النقض التجاري، 30 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 438، صفحة 318؛ =

465 ـ يجب، تقليدياً، أن يكون الدين، من حيث المبدأ، أكيداً ومعيّن المقدار ومستحقاً في آونة ممارسة الدعوى البوليانية.

يمكن إذاً الاستنتاج من ذلك أن الدين، إذا كان خاضعاً لشرط فاسخ، pendente conditione، يجب اعتباره بدون قيد أو شرط. وبالمقابل، إذا كان خاضعاً لشرط معلق (أو موقف) فإنه لا يتيح ممارسة الدعوى البوليانية[1]، بيد أن هذا الحل الأخير يبدو قاسياً في فترة لم يعد الاجتهاد يفرض فيها أن يكون الدين أكيداً في مبدئه[2]. كما أن ديناً مقروناً بأجل لا يمكن في الأصل أن يجيز دعوى الإبطال عندما لا تشكل هذه الدعوى مجرد تدبير احتياطي وإنما دعوى تمهيدية للحجز[3]. بيد أن التطور الاجتهادي ذاته لا يطرح هذا الحل مجدداً للبحث، ذلك بأن الدين لأجل هو أكيد في مبدئه حتى ولو لم يكن مستحقاً بعد[4].

وليس من الضروري أن يملك الدائن سنداً نافذاً طالما أن دعوى الإبطال لم تشكل بعد تدبيراً تنفيذياً حقيقياً[5].

466 ـ الأقدمية الضرورية لحقوق الدائنين.

لا يمكن أن تمارس دعوى الرجوع بفعالية إلاّ أن تكون حقوق الدائن سابقة للعمل المطعون فيه[6].

= Dalloz-Sirrey 1994، صفحة 175، تعليق F.DERRIDA et J.-P. SORTAIS.

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1957، Dalloz 1958، 1، صفحة 224. أضف إلى ذلك M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 285، رقم 955. ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHARBAS، صفحة 1080، رقم 998. ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، الجزء II، الطبعة الثانية، المرجع عينه، رقم 169، صفحة 153. وعلى نقيض ذلك، محكمة استئناف باريس، 19 كانون الأول 1866، Dalloz الدوري 68، 2، صفحة 156.

(2) انظر الرقم 467 اللاحق وكذلك F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1073، صفحة 813، التعليق 1.

(3) Ph.MALAURIE et L.AYNÈS المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1031، صفحة 584.

(4) انظر الرقم 468 اللاحق.

(5) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1074، صفحة 813. ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1081، رقم 998.

(6) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 26، صفحة 18. ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 شباط 1971، النشرة المدنية، III، رقم 76، صفحة 35؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 16980، تعليق M.DAGOT et P.SPITERI؛ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1968، النشرة المدنية، III، رقم 484، صفحة 370؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 562، رقم 9، ملاحظة Y.LOUSSOUARN ـ النقض التجاري، 14 أيار 1952، D. 1953، صفحة 625، تعليق =

وهكذا نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 2 أيار 1989[1]، لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني، حكماً طبق هذا النص على هبات دخلت لاحقاً في هبة بقسمة التركة، في حين أن الحكم المطعون فيه كان يجب أن يوضح «بتاريخ تجريد الزوجين Guiol من شقتهما لتحديد ما إذا ثمة كان غش أم لا».

ويقع إثبات هذه الأقدمية على المدعي الذي عليه إذاً إثبات تاريخ دينه[2]. وقد جرى التساؤل عما إذا كان هذا الدين ينبغي أن يكون له تاريخ أكيد. فالاجتهاد السائد يستبعد تطبيق المادة 1328 من القانون المدني[3]. وبالفعل يعتبر أن التاريخ الأكيد ليس هدفه سوى تشكيل عقبة أمام غش المدعي تجاه الغير وسيستبعد هذا الغش بإثبات الطابع الغشي للعمل المطعون فيه. غير أن الاستدلال نادراً ما يكون مقنعاً، فالغير مكتسب الملكية الذي توجه الدعوى ضده هو، حسب التعريف، غيرٌ. ويقتضي إذاً أن يكون محمياً ضد تواطؤ ممكن بين الدائن والمدين الراغب في الحصول على إبطال العمل المطعون فيه. يبدو بالتالي أن التاريخ الأكيد للدين يجب أن يثبته الدائن[4].

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، في 11 تشرين الأول 1978[5]، من حيث المبدأ أن «الغش يمكن إثباته بالوسائل جميعاً، والأمر كذلك في شأن أقدمية الدين بالنسبة إلى العمل المطعون فيه، كشرط لممارسة الدعوى البوليانية». فليس من الضروري إذاً أن يكون للدين تاريخ أكيد.

ويكفي أن تكون حجية العمل المطعون فيه تجاه الدائن لاحقة لولادة حقه لكي يتمكن من ممارسة الدعوى البوليانية[6].

= J.RADOUANT، حكم غرفة العرائض، 6 آذار 1946، D. 1946، صفحة 40. ـ النقض المدني، 20 حزيران 1849، D.P. 50، 1، صفحة 83.

(1) النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 115.

(2) انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف بوردو، 26 آذار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، IV، صفحة 36.

(3) حكم غرفة العرائض، 25 تموز 1864، S. 64، 1، صفحة 452. ـ 14 كانون الأول 1829، Sirey 30، 1، صفحة 25. ـ 30 كانون الثاني 1828، Sirey 28، 1، صفحة 279.

(4) انظر بهذا المعنى M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، رقم 957، صفحة 288 ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 990، صفحة 1076. ـ محكمة استئناف باريس، 16 آذار 1893، Dalloz 93، 2، صفحة 280.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 299، صفحة 231.

(6) انظر النقض المدني، 26 تشرين الأول 1942، القانون الإداري 1943، صفحة 18؛ مصنف الاجتهادات الدوري، II، 2131، تعليق E.BECQUÉ، الحكم بأن دعوى الإبطال كانت مقبولة عندما يكون حق المدعي، «حتى اللاحق لعقد الهبة المدعى أنه غشي، قد نشأ قبل الحدث الذي سبب وحده الضرر، أي قبل التسجيل الضروري للهبة، استناداً إلى المادة 941 من القانون المدني، لكي يعتبر العقار الموهوب، بالنسبة إلى دائني الواهب، أنه خرج من ذمة المدين المالية».

وغالباً ما تسوّغ الأقدمية الضرورية للدين تجاه العمل المطعون فيه بتطلب الضرر. ويلاحظ أن الدائنين اللاحقين ما كانوا ليعتمدوا على قيمة سبق أن خرجت من ذمة المدين المالية[1]. غير أن ضرر الدائن مسلّمة موضوعية لا تتوقف على توقعات هذا الدائن، أنه ينتج عن عسر المدين في آونه ممارسة الدائن ملاحقاته.

يبدو إذاً من الأصح اعتبار أن العقد السابق لولادة الدين لا يمكن، بداهة، أن يكون قد تحقق بانتهاك حقوق الدائنين[2]. وينجم عن ذلك أن عدم وجود أقدمية الدين لا يمكن الاحتجاج به في وجه دعوى الإبطال إلاّ شريطة أن يستتبع ذلك غياب غش المدين فعلياً.

467 ـ يكفي أن يكون الدين موجوداً في مبدئه أو أن يكون الغش قد جرى تنظيمه من أجل الإضرار بمدين مستقبلي.

يستنتج من تسويغ مبدإ أقدمية الدين استثناء هام كرّسه الاجتهاد الذي أخذ بأن الرجوع يمكن بالفعل أن يطال الأعمال المحققة بهدف إقامة عقبة أمام تحصيل الديون المرسومة بما فيه الكفاية بدون أن تكون أكيدة قطعاً، وبالأحرى معينة المقدار ومستحقة.

وبالفعل، في عرف محكمة النقض، «إذا كان الدائنون الذين لديهم سندات لاحقة للأعمال المطعون فيها بأنها غشية وهم، من حيث المبدإ، غير مؤهلين لطلب إبطالها، فإن هذه القاعدة لا يمكن أن تطبق على الحالة التي تكون فيها الأفعال التي ولدت الحق في الدين سابقة للعمل المطعون فيه ويكون الغش فيها منظماً بالضبط لحرمان الدائن اللاحق»[3].

وهذا المبدأ هو الذي اعتمدته الغرفة التجارية في محكمة النقض في 19 تموز

---

(1) انظر Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة رقم 1032، صفحة 584. ـ H.ROLAND et L.BOYER B.STARCK, Obligations، الجزء III، النظام العام، الطبعة الرابعة، 1992، رقم 606، صفحة 343. ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1075، 1، رقم 990 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 532، رقم 1418.

(2) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1072، صفحة 812 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 170، صفحة 154 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 286، رقم 956.

(3) حكم غرفة العرائض في 15 تشرين الثاني 1939، مصنف الاجتهادات الدوري، 1939، II، 1252، تعليق R.D.، تأكيد الاعتراف بدين كان أحد الأشخاص قد أعطاه لشقيقته ثم، دين فيما بعد بالتعويض عن حادث حصل قبل العمل المتنازع فيه. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 كانون الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4. ـ 4 أيار 1982، النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 139. ـ 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 412، صفحة 321 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49. ـ حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474. ـ النقض المدني، 2 شباط 1852، Dalloz الدوري 52، 1، صفحة 49.

1991[1]. كان مقدموا الطعن قد أخذوا على قضاة الأساس أنهم قبلوا الدعوى البوليانية التي تقدم بها المدير العام للضرائب ضد أحد المكلفين الذي أجرى هبة الكثير من أمواله لبعض أعضاء أسرته ورأوا أنه «إذا لم يكن من الضروري لممارسة الدعوى أن يكون الدين أكيداً ومستحقاً، فيجب أن يكون مبدأ الدين موجوداً بشكل يقيني قبل القيام بالعمل المشوب بالغش، وأن الدين الاحتمالي فقط لا يمكن أن يتيح الفرصة لإقامة الدعوى البوليانية». وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن بعد أن بينت أن «الحكم أخذ بأن الإدارة الضريبية نبهت السيد Betelmans في 31 تشرين الأول 1978 إلى إيداع شكوى هذه، في يوم الإيداع، لجهة الغش الضريبي، وأن إبرام الأعمال المنازع فيها في 25 كانون الثاني 1979 بعد بضعة أشهر من إيداع الشكوى وتحريك الدعوى البوليانية لا يفسر سوى بإرادة السيد Betelmans الذي كان على علم بالمجازفة الحقيقية التي يتحملها تجاه مسؤوليته المالية مع الشركة، وبمراعاة أهمية مبالغ الأشياء موضوع الغش بتهريب قسم من أمواله عن ملاحقات الإدارة المستقبلية الإضرار بحقوقها بإنقاص إمكانياتها في تحصيل دينه عن طريق حجز أمواله، مما ينتج عنه أن السيد Betelmans نظّم عسره للإضرار بدائن مستقبلي، وأن محكمة الاستئناف، في حالة التحققات هذه، سوّغت حكمها قانوناً».

ويكفي، حسب صيغة ثانية لمحكمة النقض، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل العمل الغشي، وليس من الضروري أن يكون قد كرّس سابقاً بحكم جعله أكيداً ومعين المقدار ومستحقاً[2].

---

(1) النقض التجاري، 19 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 267، صفحة 185.

(2) انظر بهذا المعنى، حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1872، Dalloz 74، 1، صفحة 78، بالنسبة إلى دين ناتج عن حساب جارٍ مصفى بحكم لاحق للهبة المطعون فيها وإنما يُرجع وجود الدين إلى تاريخ سابق. ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 312، صفحة 246؛ مجلة قصرة العدل، 1961، 2، صفحة 305، الذي بيّن وجود «مبدأ أكيد للدين» ناجم عن أخطاء في الإدارة قادت، لاحقاً للعقد المطعون فيه، إلى إدانة المدين. ـ النقض التجاري في 26 حزيران 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185، ربط الحل صراحة بغش المدين: «أن كون الدين (. . .) لم يكرس قضائياً إلاّ بعد إجراء الهبة بقسمة التركة قليل الأهمية ما دام أن السيد Salvaire في آونة إبرام هذا العقد لم يكن يجهل أن الدفع الذي تلقاه كان مشبوهاً، وأن الحساب سوف يُسأل عنه (. . .)، وهكذا كان يعرف تماماً حرمان دائنيه (. . .)». ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 721، رقم 5، ملاحظة H.Loussouarn، الذي بيّن أيضاً أن الكفيل «أراد الإضرار بمصالح دائنيه المستقبليين»، مع أنه لم يكن من الممكن أن يجهل الصعوبات المالية للمدين الأصلي، وأراد «مع معرفة سابقة لدينه» أن يكون مجموع موجوداته (أصوله) العقارية تقريباً بمنجى من ملاحقات دائنه. ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، رقم 258، صفحة 187، الذي بيّن كذلك أن الكفيل كان يعرف حالة إفلاس المدينين الأصليين واللجوء إليه كان في الآونة التي وافق فيها على إيجار الحكر الحكمي «المضرّ اقتصادياً» الذي فاقم العسر، واستنتج من ذلك أن كون دين المدينين الأصليين لم يكرس بحكم قضائي إلاّ بعد الإيجار قليل الأهمية. ـ حكم محكمة الاستئناف فرساي، 29 نيسان 1980، Dalloz 1981، صفحة 14 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR، بالنسبة إلى هبة رقبة ملك عقار وافق عليها الكفيل في حين أن حساب الشركة المكفولة سبق أن كان مديناً.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 أيار 1983[1]، «أن محكمة الاستئناف (. . .) التي بيّنت أن السيد Guenzi الذي كان على علم بوضعه الصعب عندما وافق على الهبتين أفقر نفسه إرادياً، واستنتجت أن هذا الإفقار كان هدفه غش دائنيه المستقبليين الذين كان يوجد لصالحهم، في آونة الأعمال المنازع فيها، مبدأ أكيد للدين كان المدين على علم به» وأضافت أن «محكمة الاستئناف، بأسباب الدعم هذه وحدها، سوّغت حلّها قانوناً».

وحكمت هذه الغرفة نفسها، في 25 آذار 1991[2]، «بأنه من غير الضروري، لإمكانية إقامة الدعوى، أن يكون الدين الذي يطالب به المدعي أكيداً أو مستحقاً في آونة العمل المشوب بالغش، وبأنه يكفي أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام هذا العمل من قبل المدين».

وذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 نيسان 1988[3]، أيضاً «بأنه يكفي، لإقامة الدعوى البوليانية، أن يسوّغ الدائن ديناً أكيداً في مبدئه في آونة العمل المشوب بالغش ولو لم يكن معين المقدار بعد».

وطبقت كذلك المبدأ نفسه في حكم 13 كانون الثاني 1993[4]، إذ نقضت، لانتهاك المادة 1167، حكماً رفض ممارسة الدائن الدعوى البوليانية ضد الكفيل، بحجة أنه، في آونة بيع عقار من قبل الكفيل، لم يكن لديه مبدأ أكيد للدين، ذلك بأن الكفيل لم تتم إدانته إلاّ بعد هذا الدين، بعد أن بينت «بأنها حكمت على هذا النحو في حين أن موجب السيد Baert (الكفيل) نشأ منذ يوم تعهده ككفيل، وكانت شركة SFF (الدائن) تملك المبدأ الأكيد للدين قبل البيع».

وكانت الغرفة ذاتها قد حكمت سابقاً، في 29 أيار 1985[5]، «بأن شرط الأقدمية المفروض لتطبيق المادة 1167 من القانون المدني يتعلق فقط بوجود الدين وليس بمعرفة المدين بالملاحقات التي يقوم بها الدائن، وأن محكمة الاستئناف، بإخضاع نجاح الدعوى لشرط إضافي، انتهكت نص المادة 1167».

ونذكر أخيراً أن محكمة استئناف باريس تبين لها، في 21 تشرين الأول 1988[6]، أن المصرف الدائن لم يكن يملك أي مبدأ للدين في تاريخ الهبة، في 7 آذار 1978 المطعون

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 131.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 119، صفحة 83.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 61؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 545، ملاحظة J.MESTRE.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، الطبعة G.، 22027، تعليق J.GHESTIN.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE، فهرس Defrénois، 1986، البند 33694، صفحة 385، ملاحظة AUBERT.

(6) Les Petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P. BOUTEILLER.

فيها، واستبعدت حول هذه النقطة الرجوع إذ لاحظت أن المصرف اكتفى بالتمسك بالوضع الكارثي للشركة وتقديم ميزانيتها في 31 آب 1979 مما لم يكن يسمح «على الإطلاق بافتراض أن وضعاً كهذا كان متوقعاً قبل سنة ونصف».

468 ـ يسمح بالأحرى دين لأجل بممارسة الدعوى البوليانية.

يعترف بعض المؤلفين بحق الدائن لأجل بالغش البولياني لمدينه بحجة أن هذه الدعوى هي تحفظية[1]. ويرفض آخرون ذلك لأن الأمر يتعلق بعمل تنفيذي[2]. ويجري التمسك، بتجاوز الجدال المتعلق بطبيعة الدعوى، بالمادة 1188 من القانون المدني لكي يجاز للدائن لأجل إقامة الدعوى البوليانية إذ يؤدي عسر المدين إلى سقوط الأجل[3].

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 كانون الثاني 1984[4]، «بأنه ليس من الضروري، لإقامة الدعوى البوليانية، أن يكون الدين الذي يستفيد منه المدعى أكيداً أو مستحقاً في آونة العمل المشوب بالغش، وبأنه يكفي، كما أعلنت بصواب محكمة الدرجة الثانية، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام المدين العمل المعني». كما حكمت الغرفة نفسها في 27 كانون الثاني 1987[5]، بأن دين المدين «أياً كان تاريخ استحقاقه، كان قد نشأ قبل الهبة المنازع فيها»، مما يجيز إقامة الدعوى البوليانية.

وليس من المشكوك فيه أن للدين لأجل خاصيات كهذه. وشرط أقدمية الدين إذاً يوفره وجود دين لأجل.

تبقى إذاً مسألة معرفة ما إذا كان دين كهذا يسمح بإقامة الدعوى البوليانية قبل حلول الأجل. كان الدين في الحكم المذكور سابقاً في عام 1984 العائد للملاحق مستحقاً في يوم إقامة الدعوى. فماذا تكون الحال عندما لا يكون في هذه الآونة مستحقاً بعد؟ ذلك بأن وضع الدائن لأجل، بسبب عدم استحقاق الدين ذاته، ليس وضع دائن عادي.

---

(1) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1033، صفحة 584 وصفحة 585. ـ Ph. MALAURIE، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 كانون الثاني 1984، Dalloz 1984، صفحة 437.

(2) M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، رقم 955، صفحة 285- H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS .، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 1021، صفحة 1069.

(3) B.STARCK المرجع عينه، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et L.BOYER، الطبعة الرابعة، رقم 605، صفحة 342 ـ G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 169، صفحة 154. ليس البرهان مقنعاً بالضرورة لأن سقوط الأجل ليس آلياً ولاسيما أن عسر المدين ليس مفروضاً دائماً لإقامة الدعوى البوليانية. انظر حول سقوط الأجل الرقم 167، السابق وما يليه.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 16، صفحة 14؛ Dalloz 1984، صفحة 437، تعليق Ph. MALAURIE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719 وما يليها، ملاحظة J.MESTRE.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 26، صفحة 18.

ولا يبدو أن طبيعة الدعوى البوليانية، وهي عمل تحفظي أو عمل تنفيذي، هي التي تتيح الإجابة على هذا السؤال، وإنما أساس الدعوى ذاته. وهذا ما كان يدرّسه Demolombe الذي كان يأخذ بأن الغش هو الذي يسوّغ الدعوى: «الغش استثناء للقواعد جميعاً؛ وعندما يتم ارتكاب الغش آنياً للإضرار بأحد الأشخاص، فإن ذلك يؤدي إلى الحق غير المنازع فيه في الدفاع المشروع عن النفس بالنسبة إلى هذا الشخص في المقاضاة، منذ ذلك الحين، لكشف القناع عن الغش وجعله عاجزاً»[1]. وقد لاحظ مؤلفون معاصرون أن الشرط الأساسي لإمكانية الطعن في أحد الأعمال على أساس المادة 1167 من القانون المدني ليس شرط عسر المدين، ولا شرط ضرر الدائن، وإنما شرط الغش[2]. فالدائن لأجل بإمكانه إذاً ممارسة الدعوى البوليانية.

وهذا التحليل هو المعتمد لكي يسوّغ في التفويض منح المفوَّض أو المفوِّض الدعوى البوليانية خلال «الفترة الوسيطة»، أي الفترة بين توافق الإرادتين وتنفيذ التفويض»[3].

وإذا وضعنا الجدال على الصعيد الإجرائي وحسب يلاحظ أن الاعتراف بحق الدائن لأجل بإقامة الدعوى البوليانية يعني توفير دعوى وقائية له. وبالفعل ليس من الأكيد أن للدائن مصلحة قائمة وحالية بمعنى المادة 31 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة. ويبدو أن المسألة هي مسألة حالة، ذلك بأن المصلحة في المقاضاة يقدرها بسيادة قضاة الأساس[4].

II ـ ضرر الدائن

469 ـ حوّل تطور الاجتهاد التعريف التقليدي للضرر بشكل ظاهر.

أ ـ التعريف التقليدي لضرر الدائن.

470 ـ ينبغي أن يكون الدائن حسب التعريف التقليدي متعذراً عليه تحصيل دينه بعمل إفقار المدين الذي يخرج من ذمته المالية قيمة قابلة للحجز تؤدي إلى عسره أو تفاقم هذا العسر.

١) عمل الإفقار

471 ـ يفترض إفقار المدين خروج مال من ذمته المالية، بدون مقابل، إذا تعلق الأمر بعمل مجاني أو في أي حال، بدون مقابل معادل.

تستهدف الدعوى البوليانية بما لا يقبل الجدل الأعمال المجانية أو المحتوية على غبن.

---

(1) Ch. DEMOLOMBE, Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 230، صفحة 238 وصفحة 239.

(2) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1035، صفحة 587.

(3) M.BILLAU, La délégation de créance (Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations)، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J.، 1989، مقدمة J.GHESTIN، رقم 239 ـ 1.

(4) انظر: النقض التجاري، 5 شباط 1985، النشرة المدنية IV، رقم 45، صفحة 38.

وهي تطبق، مثلاً، على تقديم، لاحدى الشركات، بخس بصورة جلية[1]، وعلى تكوين شركة لا يمكن أن تصل حصصها غير القابلة للتداول إلى ثمن العقارات التي يقدمها المدينون والمعتبرة بصورة فردية[2]، وعلى بيع بثمن أدنى من الثمن الذي يعرضه أحد الشارين الذي وجده بالموازاة وكيل المدين[3]، أو ثمن أدنى من القيمة البيعية للمال، لشقة ما في هذه الحالة[4]، وعلى «إيجار لمدة طويلة لقاء ثمن أدنى من القيمة الإيجارية الحقيقية»[5]. ولا يمكن، بالمقابل، أن يشكل إيجار من الباطن، حتى ولو كان وقتياً، أن يشكل مصدر إفقار ما دام يضع على عاتق المستأجر من الباطن بدل إيجار[6].

472 ـ يتعارض عمل افقار المدين، تقليدياً، مع مجرد رفض الإثراء الذي لا يتيح اقامة الدعوى البوليانية.

مصدر التفريق هو القانون الروماني حيث كان مقبولاً على وجه العموم الأخذ، به رغماً عن عمومية أحكام المادة 1167 من القانون المدني[7].

ودعوى الإبطال، بالنسبة إلى مجرد رفض الإثراء، تكون بلا منفعة لأنه ليس لها، بحد ذاتها، مفعول إدخال الحق المعني في ذمة المدين المالية، وليس بامكان الدائن، عن طريق الدعوى غير المباشرة، أن يحل محل مدينه في ممارسة مجرد إمكانية. وبالمقابل، إذا كان الامتناع، كرفض تركة مستحقة، يفقد حقاً سبق اكتسابه يكون هناك إفقار للمدين. وينبغي ليكون ثمة مجرد رفض إثراء أن يكون هناك امتناع لا يخرج من ذمة المدين المالية مالاً سبق أن دخل فيها. ولا يمكن، عملياً، إعطاء مثال إلا نادراً على رفض عرض هبة. والعدول عن

---

(1) غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1946، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 4011.

(2) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 شباط 1973، النشرة المدنية، I، رقم 70، صفحة 66.

(3) النقض التجاري، 7 نيسان 1965، النشرة المدنية III، رقم 266، صفحة 238.

(4) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 6، صفحة 4؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، الطبعة G، 22027، تعليق J.GHESTIN.

(5) النقض الاجتماعي، 19 كانون الأول 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1809، تعليق E.BECQUÉ. انظر النقض التجاري، 14 أيار 1952، Dalloz 1953، صفحة 625، تعليق J.RADOUANT، استبعاد دعوى الإبطال لأن بدل الإيجار «المتفق عليه لم يكن بخساً» وهكذا «لم يكن للإيجارات المتنازع فيها مفعول زيادة عسر المدين».

(6) محكمة استئناف بوردو، 26 آذار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، IV، صفحة 36.

(7) انظر بهذا المعنى G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 525، رقم 1399. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 270، رقم 939 ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1076، رقم 991 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 156، رقم 172. ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 814، رقم 1076 ـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1034، صفحة 585 ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 584، صفحة 250. وعلى نقيض ذلك Ch.AUBRY et Ch.RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة السادسة، الفقرة 313، النص والتعليق 16.

التقادم (مرور الزمن) يمكن أيضاً إدخاله في رفض الإثراء، وإنما يعتبر أن المادة 2225 من القانون المدني تجيز للدائنين العمل على إبطال عدول كهذا حصل غشاً للإضرار بحقوقهم.

473 ـ لا يعتبر عمل إفقار أيضاً إقدام المدين على إبرام تعهدات جديدة.

بيد أن هذه الديون الجديدة تسبب ضرراً للدائنين السابقين إذ سيشترك معهم الدائنون الجدد. إلاّ أن إفقار المدين، بصورة تقليدية، يُفهم على أنه إنقاص موجوداته (أصوله) وليس زيادة مطلوباته (خصومه).

ولتسويغ هذا التفريق يمكن أن يلاحظ أن التعهدات الجديدة للمدين تناظر زيادة في موجوداته طبيعياً، ولا سيما أن المدين المدني، حتى المعسر، لا ترفع يده عن إدارة ذمته المالية[1]. ويبدو، في أي حال، اقتداء بالحل المقبول في مادة «الإفلاس»، أن الغير الذي يطيل صنعياً نشاط شخص معسر ويتيح له زيادة مطلوباته يمكن اعتباره مسؤولاً عن هذه الزيادة تجاه الدائنين الآخرين[2].

474 ـ المدفوعات لا تجيز الدعوى البوليانية من حيث المبدأ.

ثمة توافق على اعتبار أن تسديد موجب طبيعي خاضع للرجوع البولياني ضمن شروط الرجوع عن العمل المجاني ذاتها.

وبالمقابل من المقبول به تقليدياً أن تسديد الموجبات المدنية لا يفسح في المجال للدعوى البوليانية[3]. وبعضهم يدافع عنها[4]، وآخرون يقلبونها مع تحفظات[5] أو

---

(1) انظر B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف L.BOYER ET H.ROLAND، رقم 595، صفحة 338. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 273، رقم 945 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 527، رقم 1404. قارن بـ G.MARTY, P.RAYNAUD et JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية صفحة 159، رقم 174، اللذان وجدا الحل الأكثر تقييداً في حالة الغش المميز.

(2) انظر: في مادة «الإفلاس» الاجتهاد التقليدي تجاه المصارف في Y CHAPUT, Droit du redressement et de la loquidation judiciaires des entreprises، منشورات PUF، الطبعة الثانية، 1990، رقم 404، صفحة 362 وصفحة 363، والإسنادات العديدة المستشهد بها ولاسيما J.STOUFFLET, L'ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envrs les tiers?، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، الطبعة G.، I، 1882.

(3) انظر: Cl. COLOMBET, De le régle que l'action paulienne n'est pas reçu contre les paiements، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 5 وما يليها.

(4) M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، رقم 948، صفحة 277.

(5) AUBRY et RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 31. بعض المؤلفين يتبنى كون الوضع، مبدئياً، لا يمكن أن يشكل موضوع دعوى بوليانية، على الأقل عندما يتعلق الأمر بنمط سويّ للدفع لأن هذا الدفع مستبعد عن فكرة الغش F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1067، صفحة 810 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، =

يعارضونها[1]، إلاّ أن هذا الحل يجب النظر إليه مع بعض الفروقات الدقيقة.

ويتم الأخذ، لصالح رفض الدعوى البوليانية، بأن الدفع لا يؤدي إلى أي إفقار للمدين ما دام أن انقاص موجوداته (أصوله) يناظر انقاصاً معادلاً في مطلوباته (خصومه)[2]، بيد أن شرط إفقار المدين ينبغي أن يفهم بالنسبة إلى الضرر الذي يسبب للدائن. والحال أن الدفع لأحد الدائنين، في أي فرضية، ينقص حظوظ الدائنين الآخرين في أن يدفع لهم كامل ما يتوجب لهم. أن ما يهم الدائنين، بصور خاصة، ليس الحفاظ على ذمة المدين المالية وحسب وإنما إعادة موجوداته أيضاً القابلة للحجز. ولذلك تتيح إعادة قيمة سهلة الإخفاء في مال يسهل حجزه، كما رأينا، ممارسة الدعوى البوليانية.

والتسويغ الأساسي في الحقيقة للقاعدة التي تستبعد الدعوى البوليانية بالنسبة إلى المدفوعات هو أن هذه المدفوعات أعمال ضرورية وملزمة للمدين[3]. ولا يمكن، لأنه ملزم بموجباته، أن يُتهم بالغش عندما يدفع لأحد دائنيه. والأمر كذلك كما في غياب الإفلاس المدني لأنه يحتفظ بالإدارة الحرة لذمته المالية ولا يلزم بأن يدفع لدائنيه وفقاً لترتيب معين.

والأمر مختلف في حال فتح التقويم القضائي المدني الذي ينظمه قانون 31 كانون الأول 1989 المتعلق بالاستدانة المفرطة للمنازل[4]. فالمادة 11، الفقرة 4 منه، تنص بالفعل على أن «يمنع الحكم الذي يعلن الوقف الموقت لإجراءات التنفيذ، ما عدا إذن القاضي، على المدين (. . .) أن يدفع ديناً بكامله أو بقسم منه غير الدين الغذائي الناشىء سابقاً لهذا القرار، وأن يرضي الكفلاء الذين يستوفون ديوناً نشأت سابقاً، إلخ». يضاف إلى ذلك أنه إذا كان بإمكان القاضي أن يفرض بعض التضحيات على الدائنين، فبإمكانه أن يقرن ذلك بموجبات على عاتق المدين ومنها، وفقاً للمادة 12، الفقرة 3، «الامتناع عن أعمال تفاقم عسره». ومن الأكيد أن انتهاك هذه الموجبات في امتناع المدين يمكن أن يؤدي إلى خضوعه للنظام الخاص الذي وضعه القانون الجديد تطبيقاً للمادة 16. ويمكن مع

= رقم 1034، صفحة 586 ـ G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 174، صفحة 158، وصفحة 159. قارن بـ A.SÉRIAUX, Droit des obligations، منشورات P.U.F، 1992، رقم 224، صفحة 681.

(1) L.JOSSERAND, Cours de droit civil positif français، الجزء II، الطبعة الثانية، 1933، صفحة 373، رقم 684.

(2) انظر: N.CATALA, La nature juridique du paiement، أطروحة في باريس، منشورات L.G.F.J.، مقدمة J.CARBONNIER، صفحة 227، رقم 191.

(3) انظر N.CATALA، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 277، رقم 192 ـ Cl. COLOMBET، المقالة المذكورة سابقاً، في مواضع مختلفة.

(4) انظر: في صدد تقديم عام للنص G.PAISANT, La loi du 31 décembre 1989 relative au surendettement des ménages، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G.، I، 3457 ـ E.KERCKHOVE et P.-M. LE CORRE, Le règlement des situations de surendettement des pariticuliers، مجلة الإجراء، حلقة المناقشة في 1990، صفحة 193 وما يليها ـ J.-L. VALLENS, La loi sur le surendettement des particuliers، العمل القانوني، موسوعة Dalloz، 1990، صفحة 87 وما يليها.

ذلك التساؤل حول مصير المدفوعات التي تتم بمخالفة موجبات كهذه. ويبدو، في حال عدم وجود نص قانوني، أنه من الواجب العودة إلى القانون العام للدعوى البوليانية. ولا شك في أن هذه الدعوى تتعذر ممارستها من قبل الدائنين إلاّ بشرط أن يبرهن هؤلاء على وجود غش المدين؛ بيد أن برهنة كهذه ينبغي تسهيلها ذلك بأنها قرينة غش يجب أن تفرض على المدين بسبب موجب الامتناع الذي يفرضه القانون عليه.

أما الدائن الذي يدفع له فلا يمكن أن يؤاخذ على ذلك، فقد تلقى مكافأة عنايته، وهي «ثمن سعيه»[1].

ويكفي أن يكون الدين مستحقاً لكي لا يكون من الممكن أن ينازع فيه الدائنون الآخرون. وليس الأمر خلافاً ذلك إلاّ أن يكون الدفع قد تم بدون حرمان هؤلاء الدائنين الآخرين[2].

والأمر خلاف ذلك عندما يكون المدين موضوع إجراء تقويم قضائي. فالمادتان 107 و 108 من النص الجديد، خلاف للمادتين 29 و 31 من قانون 13 تموز 1967 اللتين كانتا تنظمان دعوى اللاّحجية تجاه كتلة المدفوعات التي قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع، تنظمان دعوى بطلان المدفوعات التي أجراها المدين بعد هذا التاريخ. أنه بطلان إلزامي في صدد «أي دفع، أياً كان نمطه، لديون غير مستحقة في يوم الدفع» (المادة 107 ـ 3) وفي شأن «أي دفع لديون مستحقة» جرى بشكل آخر غير «نمط الدفع كما هو شائع، والمقبول في علاقات الأعمال» (المادة 107 ـ 4)؛ وبطلان اختياري بالنسبة إلى «مدفوعات الديون المستحقة الجارية بعد تاريخ التوقف عن الدفع»، حتى ولو كانت قد تمت بوسيلة مشتركة الدفع، «ما دام أن من تعامل مع المدين كان على علم بالتوقف عن الدفع» (المادة 108). فالنص القانوني الجديد يبتعد إذاً عن الدعوى البوليانية من القانون العام التي هي، كما رأينا، دعوى اللاّحجية.

2) القيمة القابلة للحجز.

475 ـ الرجوع عن العمل مستبعد إذا تعلق الأمر بمال غير قابل للحجز[3].

ليس لهذا الرجوع مفعول مفيد للدائن إلاّ أن يكون بإمكانه بعد ذلك حجز المال الداخل

---

(1) انظر: محكمة ليون المدنية، 13 حزيران 1939، Dalloz 1940، 2، صفحة 30.

(2) انظر: بهذا المعنى النقض المدني، 13 آذار، 1869، Dalloz 69، صفحة 200. ـ 7 تموز 1896، Dalloz 96، 1، صفحة 519 ـ 19 تموز 1945، مجلة قصر العدل، 1945، 2، صفحة 143؛ Sirey 1946، 1، صفحة 14، استبعاد الدعوى البوليانية لعدم نية الضرر ورغماً عن معرفة عسر المدين والضرر المسبب للدائنين الآخرين. ـ انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39 حيث كان دفع هدايا قدمها زوج إلى عشيقته عن طريق شيكات على بياض أعطته إياها زوجته وجرت مماثلة بتبرعات لم تكن سوى «نمط تحقيق».

(3) انظر: H.-L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد 1، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1071، رقم 983 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 528، رقم 1409.

مجدداً في ذمة مدينه المالية. وينبغي أيضاً أن لا ينتج الحق غير القابل للحجز ثماراً تكون قابلة للحجز[1].

وإذا كانت الأموال غير القابلة للحجز بمنجى من الدعوى البوليانية، فلا يبدو أن تكون مطبقاً على هذا الدعوى استثناء الأعمال «المرتبطة حصراً بالشخص» المنصوص عليها بالنسبة إلى الدعوى غير المباشرة في المادة 1166 من القانون المدني[2]. ويتعلق الأمر بالفعل بغش أو في أي حال بخطأ متعمد وليس بمجرد إهمال. ليس ثمة إذاً الأسباب عينها للأخذ في الحسبان اعتبارات عائلية أو شخصية حصراً تسوّغ استبعاد الدعوى غير المباشرة[3].

إن الاجتهاد منقسم. وإذا كانت محكمة النقض قد قبلت ممارسة الدعوى البوليانية ضد إذن زوجي غشي[4] وضد تغيير للنظام الزواجي[5]، فقد أعلنت ذلك غير مقبول إذا تعلق الأمر بالرجوع عن هبة بين الزوجين[6].

3) إنشاء عسر المدين أو مفاقمته.

476 ـ ينبغي أن يكون المدين معسراً من حيث المبدأ في آونة العمل المطعون فيه وفي آونة ممارسة الدعوى البوليانية.

إن الدعوى البوليانية معدّة، تقليدياً، لحفظ حق الرهن العام للدائنين على ذمة مدينهم المالية. ورهن الدائنين، ما دام هذا المدين مليئاً، يبقى كافياً، مما يمنع عليهم الطعن في الأعمال التي يقوم بها مدينهم. فعسر المدين إذاً شرط لممارسة الدعوى البوليانية[7].

---

(1) انظر النقض المدني، 11 أيار 1819، الاجتهاد العام v، السلطة الأبوية، رقم 173: عدول أب عن حق انتفاع قانوني. انظر M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 274، رقم 946.

(2) انظر مع ذلك H.-L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1071، رقم 983.

(3) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1065، صفحة 808 ـ G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 160 وصفحة 161، رقم 174 - R.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L. BOYER، رقم 596، صفحة 338 ـ M.PLANIOL G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 275، رقم 947. ـ قارن بـ P.-Y GAUTIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية v، الدعوى البوليانية، 1988، رقم 19، التفريق، في ما يختص بالأعمال المتعلقة بالذمة المالية، بين العمل الإيجابي للإفقار الذي يجيز الدعوى البوليانية ومجرد الامتناع.

(4) النقض المدني، 29 تموز 1902، Dalloz الدوري 1903، 1، صفحة 383، تعليق M.PLANIOL.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1986، مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة G، II، 20816، ملاحظة Ph. SIMLER. انظر بالمعنى عينه حكم محكمة استئناف فرساي، 18 حزيران 1988، Dalloz-Sirey 1988، صفحة 124 من التقرير.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 نيسان 1988، Dalloz-Sirey 1988، صفحة 124 من التقرير.

(7) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 8 آذار 1854، Dalloz الدوري 54، 1، صفحة =

على أنه ليس لهذا التطلب المدى عينه حسب الآونة التي يجب فيها أن يقدر وضع المدين.

وينبغي، حسب المفهوم التقليدي الذي يربط الدعوى البوليانية بتصفية ذمة المدين المالية، أن يكون هذا المدين معسراً في الآونة التي تقدم فيها دعوى الرجوع. وهكذا نقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 6 كانون الثاني 1987[1]، حكماً بملاحظة أن الرجوع المنصوص عليه في المادة 1167 من القانون المدني «يفترض إثبات عسر المدين في تاريخ تقديم الادعاء»[2]. فإذا كان المدين يملك أموالاً كافية ليدفع إلى دائنيه فليس بإمكانهم الشكوى من غش تجاه حقهم في الرهن العام. والأمر ليس كذلك إلاّ أن تكون الموجودات المتبقية (الأصول) مؤلفة من أموال غير قابلة للحجز أو كائنة في الخارج، في ظروف يكون بيعها فيها مستحيلاً على وجه التقريب[3].

غير أنه ينبغي أيضاً أن يكون العمل المطعون فيه على الأقل في أصل هذا العسر، مما يعني أن يكون المدين في آونة هذا العمل سبق إن كان معسراً أو أصبح كذلك بمفعول هذا العمل[4]. على «أن هذا التطلب يبدو أكثر ارتباطاً بغش المدين من ارتباطه بضرر الدائنين

= 191. ـ 25 حزيران 1895، Dalloz 99، 1، صفحة 491. ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1961 (التعليل) 1، مجلة قصر العدل، 1961، 2، صفحة 305 ـ A.BENABENT, Les obligations، منشورات Montchrétien، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 638، صفحة 359 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 161 وصفحة 162 ـ G.RIBBRT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 528، رقم 1409 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 257، رقم 928. قارن بـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1075 وما يليه.

(1) النشرة المدنية، II، رقم 1، صفحة 1؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 137، ملاحظة J.MESTRE.

(2) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 أيار 1978، النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 167. ـ 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، I، صفحة 142، رقم 163، نقض حكم محكمة استئناف باريس الذي قبل الرجوع عن هبة بالملاحظة أن دين المدينة كان يفوق قيمة الأموال التي كانت مالكتها في يوم الهبة، «بدون أن تشرح موقفها من قيمة الذمة المالية» لهذه المدنية «في تاريخ الادعاء وبدون البحث عما إذا كانت الأموال التي ما زالت مالكتها بعد الهبة كانت في هذه الفترة كافية لإرضاء الدائنين». ـ 31 إيار 1978، النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 167. وكذلك M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف S.RADOUANT، صفحة 257، رقم 928.

(3) انظر بهذا المعنى M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 257 وصفحة 258، رقم 928، والاجتهاد المستشهد به في التعليق 2.

(4) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1854، Dalloz 54، 1، صفحة 191؛ Sirey 54، 1، صفحة 684، تأكيد رد الدعوى لأنه في آونة التصديق المتنازع فيه «كانت الأموال التي تملكها» المدينة، «خارج الأموال المستبدلة، كافية لتأمين دين مدعي النقض» واستنتجت من ذلك «أن التصديق (. . .) لم يسبب لهم أي ضرر في الآونة التي جرى فيها». أضف إلى ذلك النقض المدني، 3 كانون الثاني 1865، Dalloz 65، 1، صفحة 19؛ Sirey 65، 1، صفحة 65 ـ محكمة استئناف بوزانسون 2 حزيران =

الذين لا يتحملون مفاعيل عسر المدين إلاّ في آونة يجهدون خلالها، بدون طائل، في حجز أمواله، وعليهم بالتالي إقامة دعوى الرجوع. وبالمقابل، عندما يكون بالإمكان تحليل الغش البولياني، كما سنرى، في ضمير المدين بأنه خلق عسره أو زيادته عن طريق العمل المطعون فيه، يقتضي تقدير العسر في آونة هذا العمل.

ويعود إلى المدعي تقديم إثبات عسر المدين بالوسائل كافة[1]. والغير مكتسب الملكية الذي توجه الدعوى ضده بإمكانه أن يطلب المنازعة أي حجز أموال المدين والبيع المسبق. وهذا التطلب يستبعد مع ذلك «عندما يكون عسر المدين معروفاً من الجميع»[2]. والأمر كذلك عندما تكون هذه العملية صعبة للغاية، بالنسبة إلى الأموال الكائنة في الخارج مثلاً[3].

ب ـ تطور الاجتهاد بالنسبة إلى ضرر الدائن.

477 ـ يتسم هذا التطور بالصعيد المزدوج لعسر المدين وخصوم الإفقار.

478 ـ التطور بالنسبة إلى تطلب عسر المدين.

استبعد الاجتهاد اليوم هذا التطلب عندما تتعلق دعوى الرجوع بمال يتزود الدائن تجاهه بحقوق خاصة.

وقد طرحت هذا المبدأ الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض بالشكل الأوضح في حكمها بتاريخ 19 كانون الأول 1941: «من حيث أن الضرر، في الحالة التي يكون فيها الدائن مزوداً بحقوق خاصة على بعض أموال مدينه، على الأخص بسبب تكوين رهن عقاري، يمكن أن يكون موجوداً خارج عسر المدين، ما دام قد تمت البرهنة على أن هذا المدين، عن طريق العمل الغشي الذي تم توجيه دعوى الرجوع ضده، تصرف بأمواله أو أنقص قيمتها بحيث جعل ممارسة الحقوق التي أمّن الدائن بها منفعته مستحيلة أو غير فعالة»[4].

وذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 15 تشرين الأول 1980[5]، بهذا المبدإ في تعابير مماثلة عملياً. وبينت في أول كانون الأول 1987[6] أيضاً «أن الدائن

= 1853، Dalloz 54، 2، صفحة 255 ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1074 وصفحة 1075، رقم 989.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى، أول كانون الأول 1987، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 4 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، صفحة 187، رقم 258. انظر بهذا المعنى G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 529، رقم 1410. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 258، رقم 929.

(3) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 22 تموز 1835، الاجتهاد العام، V، الموجبات، رقم 966.

(4) مصنف الاجتهادات الدوري 1942، II، 1809، تعليق E.BECQUÉ.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 257، صفحة 205.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 318، صفحة 228. وكان السيد MESTRE (المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 7) قد ظن أن بإمكانه أن يستنتج من العبارات العامة للحكم الصادر في 6 كانون الثاني 1987 عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض التخلي عن هذا الاجتهاد والعودة إلى ما سماه «التقليدية». ان ما =

غير المزود بحقوق خاصة على بعض أموال مدينه لا يستطيع الاستناد إلى الأعمال التي قام بها مدينه المتضمنة الغش بالنسبة إلى حقوقه إلاّ أن يبرهن على عسر هذا المدين».

وهكذا عندما لا يتناول حق الدائن ذمة المدين المالية فقط كرهن عام يكون الضرر تاماً ما دام أن هذا المدين قد تصرف بهذا المال بصورة تجعل ممارسة هذا الحق مستحيلة. ولم يعد الأمر متعلقاً هنا بالسماح بإعادة تكوين ذمة المدين المعسر المالية، وإنما بمعاقبة تواطؤ الغير في انتهاك الحق الذي يملكه الدائن على المال المعني.

وقد طبق هذا الاجتهاد لصالح الدائنين المرتهنين العقاريين الذين يرون رهنهم، مثلاً، قد أنقصه إيجار معقود بثمن بخس والمدّة طويلة[1].

وكان له دور في تسويغ الرجوع عن حقوق معطاة للغير بمضرّة وعد أحادي الجانب بالبيع أو بوعد بالتفضيل[2].

كما طبق هذا الاجتهاد في انتهاك موجب عدم رهن عقار[3]، وتوسعا في تعهد مدين التزم بطبع بعض الكتب لدى مطبعي وباع عقاره لينجو من ذلك[4]. حتى أنه سوّغ لاحجية هبة بقسمة التركة كان لها، بالنسبة إلى المال المقسم المعني، مفعول عقبة أمام تجديد إيجار ريفي، فأصبح كل قسم، بعد التقسيم، بمساحة أدنى من المساحة التي كانت تتيح هذا التجديد[6].

= ورد عرضاً في حكم الغرفة المدنية الأولى في أول كانون الأول 1987 يبين أنها لم تكن في نيتها على الإطلاق العودة عن الحلول السابقة في حكمها السابق.

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1941 المذكورة سابقاً. ـ حكم غرفة العرائض، 27 شباط 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1918، تعليق E.BECQUÉ. ـ 21 تشرين الثاني 1894، Dalloz 95، 1، صفحة 277. ـ محكمة استئناف باريس، 23 تموز 1937، Dalloz 1939، 2، صفحة 81، تعليق J.RADOUANT، مصنف الاجتهادات الدوري، 1938، II، 492. ـ 2 آذار 1906، Dalloz 1909، 2، صفحة 98. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1973، النشرة المدنية، III، رقم 306، صفحة 222، بالنسبة إلى حصص في شركة مدنية عقارية غير محررة تفرغ عنها حائزوها بدون مقابل حقيقي.

(2) حكم محكمة استئناف ليون، 6 تموز 1883، Dalloz الدوري 85، 2، صفحة 259. ـ حكم غرفة العرائضد 15 نيسان 1902 (التعليل)، S. 1902، 2، صفحة 316؛ Dalloz الدوري 1903، 1، صفحة 38. ـ حكم غرفة العرائض، 12 كانون الثاني 1926، Sirey 1926، 1، صفحة 183. ـ محكمة استئناف باريس، 5 تموز 1926، D.H. (Dalloz الاسبوعي) 1926، صفحة 472، وبناء على طعن، حكم الغرفة العرائض، 12 حزيران 1929، D.H. 1929، صفحة 445؛ في شأن إيجار بثمن بخس إبرم تحايلاً على معد بالبيع ـ النقض المدني، 13 تشرين الثاني 1929، Dalloz الدوري 1929، 1، صفحة 131. ـ حكم غرفة العرائض، 28 آب 1940، 1940Sirey، 1، صفحة 103. ـ النقض المدني، 10 نيسان 1948، Dalloz 1948، صفحة 421، تعليق R. LENOAN، حكم استعادة بالنسبة إلى إنشاء رهن عقاري تحايلاً على وعد بالبيع، صيغة عام 1929 ذاتها، وإنما لم يستند إلاّ إلى المادة 1382 بدلاً من المادتين 1167 و 1382 من القانون المدني.

(3) حكم غرفة العرائض، 22 آب 1882، Dalloz الدوري 83، 1، صفحة 296.

(4) محكمة استئناف باريس، 19 كانون الأول 1966، Dalloz الدوري 1968، 2، صفحة 156.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1974، النشرة المدنية، I، رقم 36، =

وقد أخذ على هذا الاجتهاد بأنه أخرج الدعوى البوليانية من مجالها التقليدي الذي هو صون حق الرهن العام للدائن، ولوحظ أن تواطؤ الغير في انتهاك موجب عقدي يمكن أن يعاقب على أساس المسؤولية المدنية وحده أو الغش بصورة عامة[1].

وليس الرجوع عن العمل الغشي حسب هذا التحليل إلاّ التعويض العيني الأنسب عن الخطأ المرتكب من الغير المتواطىء في انتهاك موجب المدين العقدي. والدائن يملك هكذا، عدا دعوى المسؤولية العقدية ضد مدينه، دعوى مسؤولية تقصيرية ضد الغير المتواطىء مع هذا المدين.

ويبدو بالفعل أن العديد من الأحكام يفضل أن يطبق مباشرة المادة 1382 من القانون المدني أو مفهوم الغش على وجه العموم[2].

وللرجوع إلى المادة 1167 ميزة إعطاء دعم نصي لمعاقبة المتصرفين المجرّمين، بيد أنه لا يشكل، كما رأينا[3]، أساساً عاماً لمعاقبة انتهاك حقوق دين الغير، ومن الأفضل بالتالي ولا ريب تحديد تطبيق المادة 1167 من القانون المدني بحالة عسر المدين للحفاظ

= صفحة 289؛ مجلة قصر العدل، 1975، I، صفحة 363، تعليق A. PLANQUEEL. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 4 كانون الثاني 1979، فهرس Defrénois، 1979، البند 32162، صفحة 1655، ملاحظة J.-L. AUBERT، الأخذ بالحل عينه على أساس الغش.

(1) انظر بهذا المعنى M.PLANIOL et G. RIPERT؛ المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 269، رقم 938 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 523، رقم 1394، وبالنسبة إليهما ليس للدعوى المقامة في هذه الفرضية شروط ممارسة الدعوى البوليانية بحصر المعنى ولا مفاعيلها. ـ G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 162، رقم 176 ـ J.RADOUANT er E.BECQUÉ، الملاحظتان المذكورتان سابقاً. ـ J.DERRUPPÉ, La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance، أطروحة في تولوز، 1952، صفحة 393 ـ H.SINAY, Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 183 وما يليها، ولاسيما رقم 13. أضف إلى ذلك A.GROUBER, De l'action paulienne en droit civil français contemporain، أطروحة في باريس، 1913، صفحة 521 وما يليها، الذي يرى في هذا الاجتهاد إعمال دعوى بوليانية خاصة خاضعة لشروط ممارسة مختلفة.

(2) انظر النقض المدني 10 نيسان 1948، Dalloz 1948، صفحة 421، تعليق R.LENOAN؛ مجلة قصر العدل، 1948، I، صفحة 275؛ Sirey 1948، 1، صفة 127؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1948، II، 4403، تعليق B.BECQUÉ: «من حيث أن المفيد من وعد بالبيع يحق له أن يظهر، ضد أحد الأشخاص، حتى الأجنبي عن الوعد، الغش الذي يكون قد ارتكبه بطلب رهن العقار أو بقبوله وكان على علم بأنه موضوع الوعد وأن فاعل الوعد قد أنشأه، وذلك بالتنكر لموجبه». لم يتم الاستناد إلى المادة 1167 في هذا الحكم، وإنما فقط إلى المادة 1382 من القانون المدني ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1979 المذكور سابقاً في صدد هبة بقسمة التركة لاستبعاد الحق في تجديد إيجار ريفي. انظر: المدخل العام، رقم 766، الصفحات 754 إلى 756. انظر استبعاداً مماثلاً للمادة 1167 حتى مفهوم الغش لصالح المسؤولية المدنية، الرقم 450 السابق، في شأن حق عيني مكتسب بعد نقله إلى شخص آخر، وإنما هذا النقل حصل بسرعة قبل النقل الأول.

(3) انظر الرقم 460 السابق.

على طابعه الخاص. على أنه عندما تنزع الدعوى البوليانية نفسها إلى أن يجري امتصاصها في المسؤولية المدنية، نادراً ما تكون ثمة منفعة عملية لبناء الدعوى على المادة 1382 وحدها أو على هذا النص المنضم إلى المادة 1167.

479 ـ تطور مفهوم الإفقار.

يفترض إفقار المدين طبيعياً أن يكون مال ما قد خرج من ذمته المالية بدون أن يكون ثمة دخول مقابل له في هذا الذمة.

غير أنه، حسب الاجتهاد اليوم، «يملك الدائن الدعوى البوليانية عندما يكون للتفرغ، مع أنه تم لقاء ثمن سوّي، إفلات المال من ملاحقاته باستبدال مال آخر به يسهل إخفاؤه (. . .)»[1].

وقد طبق هذا الحل على مبيعات عقارات[2]، وتفرغ عن حصص في شركات مدينة عقارية[3]، وكذلك على تفرغ عن مؤسسة تجارية[4]. وجرى تبنيه أيضاً عندما يكون الهدف هو نفسه الذي يسعى إليه المدين عبر تكوين شركة قدم لها كل أمواله أو قسماً منها[5].

ولاحظت محكمة استئناف شامبيري في هذا الصدد، في 17 كانون الأول 1985[6]، أن استبدال حصص في شركة في ذمة المدين المالية بحقوقه على العقار المشترك سبّب ضرراً للدائنين، ذلك بأن الحصص المذكورة ليس لها أبداً لتأمين الديون قيمة ضمان عقار». وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بهذا الحل

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول آذار 1994، Dalloz-Sirey 1994، صفحة 119 من التقرير؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، IV، 1162 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1967، النشرة المدنية، I، رقم 336، صفحة 252؛ Dalloz 1968، صفحة 317، تعليق Y.LAMBERT - FAIVRE. ـ 18 شباط 1971، Dalloz 1972، صفحة 53، تعليق E.AGOSTINI؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1971، صفحة 841، تعليق Y.LOUSSOUARN.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1969 وحكم 18 شباط، المذكور سابقاً.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 28 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 606، صفحة 440. ـ 13 أيار 1969، النشرة المدنية، III، رقم 373، صفحة 285.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول آذار 1994، المذكور سابقاً.

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1961، مجلة قصر العدل، 1961، 2، صفحة 305، الذي بيّن أن إفقار المدين أتى من أن الأموال التي جعل منها تقديماً أصبحت الرهن المشترك لدائني الشركة الجديدة، مما هو منازع فيه طالما أن التعهدات الجديدة لا تشكل إفقاراً ولا يبدو أن فيها تفريقاً على هذا الصعيد بين أن تكون هذه التعهدات الجديدة قد عقدها المدين مباشرة أو الشركة المنتمي إليها. ـ النقض التجاري، 19 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 113، بيان أن ضرر الدائن ينتج عن العمل «الذي جعل المال بمنجى من ملاحقاته إذ استبدل به أموالاً أخرى يسهل إخفاؤها» فقام بذلك «العسر الظاهر» للمدين.

(6) مجلة المصارف، 1986، صفحة 188، ملاحظة J.-L.RIVES - LANGES؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE.

صراحة، في 21 تموز 1987[1]، إذ ردت الطعن المقدم ضد هذا الحكم.

كما لاحظت محكمة استئناف باريس، في 21 تشرين الثاني 1988[2]، «أن بيع مال عقاري (. . .) سبب ضرراً لشركة B.P.R.N.P. بزوال مال قابل للحجز من ذمة الزوجين Robert Sable المالية كعقار مقابل نقود عينية يسهل إخفاؤها، فأفقدها بذلك إمكانية دفع دينها».

وهذا الحل ينبغي تأييده. أن ما يُعتمد بالفعل لتقدير ضرر الدائن «ليس القيمة الرياضية لموجودات مدينه (أصوله) بقدر ما هي الإمكانية الفعلية بأن يستوفي دينه من هذه الموجودات»[3]. ووجود قيمة معادلة دخلت في ذمة المدين المالية قليل الأهمية إذا كان استبدال النقود أو الأموال السهلة الإخفاء بالعقار الذي كان الدائنون يعتمدون عليه يتيح للمدين تنظيم عسره الظاهر[4].

إن الحكم الذي أصدرته الغرفة التجارية في محكمة النقض في 10 حزيران 1963 هو أصعب تسويغاً[5]. فقد أخذت بالفعل بأن بإمكان المصرف ممارسة دعوى الرجوع ضد الاندماج الحاصل بين مدينه الأصلي، شركة محدودة المسؤولية، وشركة مدنية عقارية أعطت كفالتها التضامنية. ولكي تقدم على ذلك اعتبرت أن الشركة المحدودة المسؤولية أفقرت نفسها بامتصاص الشركة المدنية العقارية وبخسارة فائدة كفيل متضامن.

ومن السهل ملاحظة أن الشركة المحدودة المسؤولية امتصت أيضاً موجودات الشركة المدنية العقارية التي أعطت قيمتها للكفالة التي سبق تقديمها، وأن خسارة الكفيل، في أي فرضية كانت إفقاراً بالنسبة إلى الدائن، وليس إلى المدين.

إن ضرر الدائن الوحيد ناتج في الحقيقة عن أن الاندماج منعه من أن يختار تبعاً لموجودات الشركتين ومطلوباتهما الخيار الذي له فيه مصلحة في أن يمارس ضد أيّ منهما ملاحقاته. ويبدو، على وجه الخصوص، أن الغرفة التجارية أرادت معاقبة عدم نزاهة المدين الذي ترك الحساب الجاري الذي ضمنه الكفيل المتضامن يعمل بدون إخطار المصرف باندماج الشركتين الذي أدى إلى زوال هذه الكفالة.

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 169؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 136، ملاحظة J.MESTRE.

(2) Les Petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P.BOUTEILLER.

(3) J.RADOUANT، التعليق المذكور سابقاً.

(4) انظر H.L. et J.MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1077، رقم 992 ـ J.GHESTIN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى، 13 آذار 1973، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، II، 17782. ـ E.AGOSTINI، التعليق المذكور سابقاً.

(5) Dalloz 1968، صفحة 116، تعليق Cl. LOMBLOIS.

III ـ الغش البولياني

480 ـ تفترض ممارسة الدعوى البوليانية أن يكون العمل قد قام به المدين غشاً للإضرار بحقوق دائنيه.

يجب إذاً وجود غش المدين. بيد أن الدعوى، توجّه، عملياً، ضد من حاز المال الذي يريد الدائن إعادته إلى ذمة مدينه المالية من أجل حجزه. ينبغي إذاً أن لا يُنظر إلى المدين وحسب وإنما إلى الغير مكتسب الملكية أيضاً حتى إلى مكتسب الملكية الثاني الاحتمالي.

إن الأمر يتعلق، في أيّ فرضية، بمسألة واقعية يمكن تقديم الدليل عليها بالوسائل جميعاً عندما يكون الدائن غيراً بالنسبة إلى العمل المطعون فيه[1].

ولاحظت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 3 كانون الأول 1985[2] «أن محكمة الاستئناف رأت في ما ورد في العمل المنظم أمام الكاتب العدل وخارج محاسبة هذا الأخير. . .» قرينة من شأنها إثبات الغش البولياني ورأت غيرها في موقف الرفاق Alphand المرتبك حول مصدر المال».

إن غش المدين مفروض أياً كانت طبيعة العمل المجرّم. فالمدين الذي يظن نفسه مليئاً عن حسن نية يحتفظ إذاً بالتصرف الحر بأمواله. بيد أنه استناداً إلى المواد 788 التي تتيح للدائن العمل على إبطال العدول عن الإرث، و 622 بالنسبة إلى عدول عن حق الانتفاع، و 1053 في ما يختص بعدول مسبق عن أموال مثقلة باستبدال، جرى الأخذ بأن هذه النصوص لا تستهدف غش من يعدل، لأن هذا الغش لم يكن ضرورياً وهذا الحل يجب أن يمتد إلى جميع أنواع العدول، بسبب الطابع الخطر لأعمال كهذه[3].

بيد أنه في الواقع جرى بيان أن المقنتين لم يأتوا على ذكر الغش في النصوص التي تم التصويت عليها قبل المادة 1167 من أجل الحفاظ على المسألة، وأن الغش، في المادة 1464 القديمة التي جرى التصويت عليها لاحقاً والتي تتعلق بعدول الزوجة عن شيوع

---

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 299، صفحة 231. ـ 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 771، رقم 5، ملاحظة Y.LOUSSOUARN، ـ الغرفة المدنية الثالثة، 13 شباط 1970، النشرة المدنية، III، رقم 107، صفحة 79؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 765، رقم 9، ملاحظة Y. LOUSSOUARN ـ الغرفة المدنية الأولى، 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49 ـ غرفة العرائض، 20 تموز 1875، Dalloz 76، 1، صفحة 243. أضف إلى ذلك F.TERRÉ, Ph.SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1080، صفحة 817 وصفحة 818.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300.

(3) انظر بهذا المعنى Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 18.

الأموال بين الزوجين، قد فرض بصورة إيجابية حتى بالنسبة إلى أنواع العدول[1].

وقد أخذت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 آذار 1984[2]، صراحة بممارسة الدعوى البوليانية ضد عدول عن دعوى تخفيض هبة كانت تتحلل كعمل مجاني لصالح الغير.

481 ـ تعود الصعوبة الأساسية إلى تعريف الغش البولياني[3].

يتطلب الغش، بصورة عامة، لتسويغ العقوبة، «ارتكاب الذنب في عدم مراعاة الخلقية القانونية (. . .)، فالغش كائن عند ملتقى الخلقية والحق»[4]. ونية الغش عنصر ذاتي ضروري لمعاقبة الغش. ويمكن تعريفها بأنها إرادة التملص من تطبيق قاعدة إلزامية، إلاّ أنه تبقى معرفة أي شروط تعتبر هذه النية قائمة.

وتطرح مسألة الغش بصورة عامة[5]. فقد أفسحت في المجال لنقاش تقليدي، في مادة الدعوى البوليانية حيث لها خاصية سبق أن بينها العميد Josserand[6].

وبالفعل يمكن فهم غش المدين بطريقتين مختلفتين. يمكن أن يفرض أن يكون هدفه الإضرار بالدائنين بالتصرف الذي يشكل عقبة أمام تحصيل ديونهم[7]، ويمكن كذلك الاكتفاء بمعرفة المدين وحدها بالضرر الذي سبّبه للدائن بجعل نفسه معسراً أو بزيادة عسره.

اما الاختيار بين التعريفين المقترحين فالمؤلفون منقسمون حوله. ويبدو أن بعضهم يتطلب نية الإضرار[8]، وآخرون يقبلون أن مجرد المعرفة يكفي في الحالات كافة[9].

---

(1) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph.SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1078، صفحة 815 وصفحة 816؛ النص والتعليق 1. ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف R.BOYER et H.ROLAND، رقم 599، صفحة 339، وصفحة 340، G MARTY, P.RAYNAUD et Ph.JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 178، صفحة 163. ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 530، رقم 1412 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 261، رقم 931.

(2) مجلة قصر العدل، 1985، صفحة 17، تعليق A.PLANQUEEL. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 298، صفحة 254؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، IV، صفحة 19.

(3) J.CHESTIN, La fraude paulienne, in Mélanges dédiés à Gabriel Marty، 1978، صفحة 569 وما يليها.

(4) انظر L.JOSSERAND, Les mobiles dans les actes juridiques du dtroit privé، موسوعة Dalloz، 1928، رقم 189، صفحة 232 وصفحة 233.

(5) انظر المدخل العام، رقم 751 ورقم 752، والمؤلفين المستشهد بهم وكذلك الاجتهاد.

(6) المرجع عينه، رقم 191، صفحة 238 وما يليها.

(7) يبدو من الإفراط في أي حال فرض هذا الهدف وحده كما يبين بعض الأحكام.

(8) انظر بصورة خاصة G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 529، رقم 1411. ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 817، رقم 1079.

(9) انظر A. COLIN et H. CAPITANT، المرجع عينه، الجزء II، رقم 441. ـ E. GAUDEMET, Théorie =

ثمة توفيق يقترح أحياناً على صعيد البيّنة[1]، وتكون نية الإضرار ضرورية. بيد أن الدليل المباشر لن يكون مطلوباً، أنه يستنتج طبيعياً من مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن. على أن هذه القرينة تسقط أمام إثبات دافع مشروع[2].

482 ـ تكوين الحقوق التي هي في تمانع مع الحقوق التي يملكها الدائن على المال المعني.

يبدو منطقياً، في أول الأمر، استبعاد الفرضيات التي تطبق فيها المادة 1167 لمعاقبة تكوين الحقوق التي تكون في تمانع مع الحقوق التي يملكها الدائن على المال المعني وليس مفاقمة عسر المدين. وغش المدين، في ما يتعلق بانتهاك حق في دين خاص على ذمة المدين المالية، ليس ضرورياً[3]. ويكفي أن يكون الغير المتواطىء في هذا الانتهاك على علم بالدين السابق ليكون مسؤولاً على أساس المادة 1382 من القانون المدني[4].

483 ـ يكفي مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن، حسب الاجتهاد الأحدث، لتمييز الغش البولياني.

بيّن بعض أحكام محكمة النقض لمدة طويلة نية الإضرار وبعضها الآخر معرفة الضرر المسبب وحدها[5]. بيد أنه يمكن أن نلاحظ أن محكمة النقض، بصورة عامة[6]، لا تنقض

= générale des obligations، منشورات Sirey، 1937، صفحة 409. أضف إلى ذلك، حول بناء التحليل على الاجتهاد، B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف L.BOYER et H. ROLAND، رقم 598، صفحة 339.

(1) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه.

(2) انظر L.JOSSERAND، المرجع عينه ـ انظر أيضاً الصيغ الدقيقة لـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 260، رقم 930.

(3) انظر مع ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1809، تعليق E.BECQUÉ ـ حكم غرفة العرائض، 12 كانون الثاني 1926، Sirey 1926، 1، صفحة 183، بيان نية الإضرار. انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1963، Dalloz-Sirey 1968، صفحة 116، تعليق Cl. LOMBLOIS، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1973، النشرة المدنية III، صفحة 222، رقم 306 الذي أبرز مجرد معرفة الضرر مع التحديد أن الضرر كان «مقبولاً إرادياً».

(4) انظر بهذا المعنى الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1975، مجلة قصر العدل، 2، صفحة 781، تعليق A.PLANCQUEEL. ـ 22 آذار 1968 Dalloz 1968، صفحة 912، تعليق J.MAZEAUD؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، II، 15587، تعليق A.PLANQUEEL. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1963 المذكور سابقاً الذي تثبت من تواطؤ غشي، وحكم الغرفة المدنية الثالثة، 3 أيار 1973 المذكور سابقاً الذي بيّن أن الغير اشترك في الغش بأعمال شخصية.

(5) انظر J.VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français، أطروحة في تولوز، 1957، مقدمة G.MARTY، صفحة 133، النص المستشهد به وكذلك الاجتهاد في التعليقات 2 إلى 7 والصفحة 135، التعليق 3.

(6) انظر مع ذلك الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 آذار 1869، Dalloz 69، 1، صفحة 200 في شأن الدفع، وقد نقض حكماً قبل الدعوى البوليانية بالتثبت من معرفة عسر المدين بالضرر المسبب للدائن.

الأحكام التي قبلت الدعوى البوليانية بالاكتفاء بالتثبت من معرفة المدين الضرر المسبب للدائنين. والحال أن مجرد بيان وجود نية الإضرار لا يستدعي بالضرورة أن هذه النية مفروضة، وأن مجرد المعرفة المفترضة بالأحرى ليس كافياً.

وقد كرست محكمة النقض منذ عام 1979، تدريجاً، حتى عن طريق أحكام نقض، المبدأ الذي بمقتضاه يكفي مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن لتمييز الغش البولياني.

على أنه ينبغي التفريق حسبما يكون الأمر متعلقاً بعمل مجاني أو بعوض.

أ ـ الأعمال المجانية

484 ـ تفترق هذه الأعمال عن أعمال المعاوضة بدرجة أقل اليوم بالنسبة إلى غش المدين عما يتعلق بموقف الغير المستفيد.

485 ـ غش المدين.

إن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن كان بالنسبة إلى بعض المؤلفين، في شأن الأعمال المجانية، كافياً. وفي ما يتعلق بأعمال المعاوضة كانت تكفي نية التسبب بالضرر[1]. وإذا كان الاقتراح الثاني، كما سنرى، في آونة صحيحة جزئياً، لا يعبر اليوم عن الحق الإيجابي، فأن الاقتراح الأول، بالمقابل، كرسه الاجتهاد المستقر.

وقد طرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكم صدر عنها في 13 آذار 1973[2] بالشكل الأكثر وضوحاً، المبدأ التالي: «من حيث أن الغش المنصوص عليه في المادة 1167 من القانون المدني، على عكس ما يتمسك به الطعن، ينتج عن معرفة المدين بالضرر الذي سببه للدائن وحدها بجعل نفسه معسراً أو بزيادة عسره».

إن عمومية المبدإ المطروح يمكن أن تحمل على التفكير في أنه بت بالجدال القديم. بيد أن الأمر يتعلق في الحالة الراهنة بعمل مجاني. لا شك في أن الحكم لا يتضمن في هذا الشأن أي تحفظ مما يتيح التفكير في أن التعريف المعطى كان له مدى عام. غير أنه على العكس إذا كانت محكمة النقض قد حددت القاعدة المطروحة بالأعمال المجانية، فإن ذلك يغري المعلقين على الاستنتاج من ذلك، بالاستدلال بالضد، أن نية الإضرار كانت مطلوبة بالنسبة إلى أعمال المعاوضة. ومحكمة النقض لم تحدد شيئاً بدقة، أنها احتفظت تجاه الدائنين بحريتها في التقدير حسب سياسة اعتادت اعتمادها[3].

إن الحل، في أي حال، بالنسبة إلى الأعمال المجانية، مستقر[4].

---

(1) انظر Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليق 18.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، II، 17782، تعليق J.GHESTIN.

(3) انظر المدخل العام، رقم 458، صفحة 410 وما يليها.

(4) انظر بهذا المعنى بصورة خاصة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185. ـ النقض المدني، 26 تشرين الأول 1942، 1943 القانون الإداري، صفحة 18.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 14 آذار 1984[1]، بالنسبة إلى عدول يتحلل كعمل مجاني، من حيث المبدأ، أن «العنصر القصدي للغش البولياني [ينتج] عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب للدائن بالعمل المنازع فيه»، وبينت أن «الحكم الذي أخذ بأن السيدة Leredu، في تاريخ العمل المطعون فيه المثقل بالديون لزوجها الذي كفلته وأمام مخاطر الملاحقة التي تعرض لها، كانت على معرفة تامة بالضرر الذي سببته للدائن بعدولها عن تخفيض الهبة، تمكن من ذلك الاستنتاج من ذلك وجود الغش».

واستنتجت الغرفة نفسها، في 13 نيسان 1988[2]، بالنسبة إلى هبة لأولاد المدين من أن هذا الأخير «لم يكن يجهل أن الوضع المثقل جداً» للشركة المدنية التي اختلس أموالها «لم يكن يسمح باسترداد الأموال المدفوعة (. . .)، والمعرفة التي كانت كانت لدى هذا المدين بتسبب ضرر الدائن بإفقار ذمته المالية مما تميز هكذا الغش البولياني».

486 ـ الغير المستفيد.

في حين أن غش الغير المدعى عليه، بالنسبة إلى أعمال المعاوضة، في الدعوى البوليانية، يجب إثباته، فإن هذا التطلب ينبغي استبعاده، تقليدياً، بالنسبة إلى الأعمال المجانية[3].

---

(1) مجلة قصر العدل، 1985، 1، صفحة 17، تعليق A.PLANCQUEEL. انظر بالمعنى عينه، حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الثاني 1986، مجلة قصر العدل، 1986، 1، صفحة 210 من الموجز.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 61 ـ إضافة إلى محكمة استئناف فرساي، 30 نيسان 1990، (Dalloz-Sirey 1990، صفحة 165 من التقرير)، التي، بعد أن ذكّرت بهذا المبدأ، لاحظت، لرفض اعتبار الهبة التي قام بها المدين لابنته غشية، أن هذه المعرفة، إذا لم تكن تستدعي أن يكون الدين مستحقاً بتاريخ العمل، فإنها تستوجب على الأقل وعي درجة كبرها بحيث يمكن تقديرها عندما يكون العمل المنازع فيه تصرفاً بالملك، بالنسبة إلى إنقاص رهن الدائن تجاه أهمية الدين. قارن بحكم محكمة استئناف ريوم، 11 شباط 1988 (مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، IV، صفحة 186)، الذي تمسك، بطريقة منازع فيها إلى حد كبير، ومناقضة في أي حال لاجتهاد محكمة النقض، بأن المدين، في فترة ستنشأ فيها ضريبة على الثروات الضخمة، كانت له مصلحة بديهية في نقل قسم من عقاراته إلى أولاده عن طريق الهبة، بحيث لا يمكن الاستنتاج من ذلك بيقين نية الإضرار بدائنيه. ويشهر هذا الحكم تماماً التقييد المهم لممارسة الدعوى البوليانية التي يمكن استنتاجها من تطلب نية الإضرار.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 أيار 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 139 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1965، النشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 181، النقض المدني، 26 تشرين الأول 1942، القانون الإداري 1943، 1 صفحة 18 ـ 18 كانون الأول 1893، Dalloz 94، 1، صفحة 263، Sirey 96، 1، صفحة 134. ـ حكم غرفة القرائض، 21 أيار 1889، Sirey 89، 1، صفحة 358، تقرير DEMANGEAT، 7 شباط 1887، D. 87، 1، صفحة 401 ـ 11 تشرين الثاني 1878، Sirey 80، 1، صفحة 58 ـ 2 كانون الثاني 1843، Sirey 43، 1، صفحة 114. ـ 30 تموز 1839، Dalloz 40، 1، صفحة 17، Sirey 40، 1، صفحة 227. إضافة إلى حكم محكمة استئناف فرساي، 26 آذار 1987، مجلة قصر العدل، 1987، 2، صفحة 395 من الموجز ـ حكم الغرفة المدنية الأولى، 19 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، I، رقم 34، صفحة 26، بالنسبة إلى هبة غير مباشرة.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 23 نيسان 1981[1] من حيث المبدأ، في حكم نقض لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني، «أنه ينتج عن هذا النص أن الدعوى البوليانية، عندما تنزع إلى الرجوع عن عمل وافق عليه المدين بصفة مجانية، ليست خاضعة لإثبات تواطؤ الغير في الغش الذي ارتكبه المدين». ان الحكم الذي جرى نقضه اعتقد وجوب إستبعاد الدعوى البوليانية إذ لاحظ أن «الإثبات لم يدل على أن المستفيد من الهبات (...) كان على علم بالتسبب بضرر دائن كان يجهل وجوده».

ولاحظت الغرفة المدنية الأولى نفسها، في 14 آذار 1984[2]، «أن قضاة الأساس إذ حدّدوا أن العدول يتحلل كعمل مجاني لمصلحة السيدة Zettelmaier، كان يكفي أن يتم إثبات معرفة السيدة Leredu الغش المرتكب على حساب السيد Greuez».

وجرى تسويغ هذا التفريق بتقدير المصالح المتأرجحة. أن غش المدين يسبب ضرراً للدائن. وإذا كان الغير قد اكتسب ملكية المال بعوض، فان العدول يوصل إلى أن يتحمل هذا الضرر مكان الدائن، ذلك بأن مراجعته ضد المدين المعسر طبيعياً تكون بلا فعالية. ولا يبدو هذا الحل مقبولاً إلا أن يكون الغير قد شارك في الغش. وبالمقابل عندما يكتسب ملكية المال مجاناً فإنه لا يتحمل أي خسارة وإنما مجرد ربح فائت، ومن المفهوم أن مصالح المدين مفضلة لديه حتى ولو لم يكن الغير قد شارك في الغش. والحل التقليدي كرسته أيضاً الأحكام الخاصة بالإجراءات الجماعية.

غير أنه يصعب التوفيق بينه وبين تطبيق قواعد المسؤولية المدنية التي ينزع فيها اليوم إلى أن تمتصها الدعوى البوليانية[3]. وعندما لا يكون المستفيد قد ارتكب أي خطإ لا يمكن أن يتعلق الأمر إلا بمسؤولية بلا خطإ يصعب تسويغها[4].

ويكون الحل أكثر انسجاماً مع اللاّحجية المبنية على الغش الذي يشوب العمل المطعون فيه[5]. بيد أنه ينبغي على مكتسب الملكية الثاني بعوض أن يتحمل مفعول إبطال الدعوى البوليانية رغماً عن حسن نيته تطبيقاً لقاعدة لا يمكن أن ينقل أحد ملكية مال لا يعود

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 130، صفحة 109؛ Dalloz-Sirey 1981، صفحة 395؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 144، ملاحظة F.CHABAS.

(2) مجلة قصر العدل، 1985، 1، صفحة، 17، تعليق A.PLANCQUEEL.

(3) انـظـر H. SINAY, Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1948، صفحة 183. إضافة إلى J.VIDAL، الأطروحة السابقة، صفحة 133 وما يليها.

(4) انظر مع ذلك H.SINAY، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 192، رقم 19 الذي يستند، بدون إقتناع في الحقيقة، إلى مسؤولية المخاطر المبنية على فعل الشيء بسبب وجودها وحسب في ذمة الغير المالية الذي اكتسب الملكية. أضف إلى ذلك H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1082، رقم 1002، استبعاد وصف دعوى المسؤولية لهذا السبب.

(5) G.MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 179، صفحة 164.

إليه. ويبدو من الصعب على وجه الخصوص وجود أساسين للدعوى البوليانية حسب ما يكون العمل المطعون فيه مجاناً أو بعوض. والحال أنه لا يمكن أن يُفهم لماذ يكون خطأ كهذا مفروضاً بالنسبة إلى أعمال المعاوضة عندما لا تستدعي اللاّحجية التي تعاقب الخطأ أيّ خطأ الغير المدعى عليه في الدعوى البوليانية.

ويبدو أخيراً من الأفضل قبول أن قواعد المسؤولية المدنية يقتضي اعتبارها مع الأخذ في الحسبان المصالح الراهنة. يبقى أن المسؤولية بلا خطإ، في مجال كهذا، قابلة للتسويغ بصعوبة.

487 ـ من الضروري، مع الأخذ في الحسبان النظام الخاص للأعمال المجانية، وصف هذه الأعمال.

كان يمكن أن يقود أساس التفريق إلى مفهوم واسع «للصفة المجانية». وينبغي بصفة خاصة أن يسوّغ اختلال توازن هام بين قيمة المال المتصرف به والمقابل الذي يدفعه الغير تطبيق نظام الأعمال المجانية، باعتبار أن ضرر الغير هو بالتالي أضعف من الضرر الذي يتحمله الدائن. وفي الواقع يقبل الاجتهاد على العكس مفهوماً ضيقاً. وهكذا يُعتبر تكوين البائنة؛ رغماً عن انتقادات قسم من الفقه وبعض أحكام محكمة الاستئناف المخالفة، في اجتهاد حازم جداً، عمل معاوضة معدّاً «لتسهيل القيام بالموجبات المالية التي ترمي بثقلها على الزوجين»، بالنسبة إلى الرابطة الزوجية[1]. كما أن الأعباء المقترنة ببعض الهبات يمكن أن تجعل منها أعمال معاوضة بالنسبة إلى الدعوى البوليانية بالاستقلال عن شكلها أو نية الواهب[2]. والقسمة التي تخفي هبة تخضع بالأحرى لنظام الأعمال المجانية[3].

ويبدو بالمقابل أن تسديد موجب طبيعي خاضع لنظام الأعمال المجانية[4].

ب ـ أعمال المعاوضة (أو الأعمال بعوض).

488 ـ تطوّر الاجتهاد.

بينت محكمة النقض، لتمييز غش المدين، تارة نية الإضرار[5] وطوراً مجرد معرفة الضرر

---

(1) حكم غرفة العرائض، 16 تشرين الثاني 1910، Dalloz الدوري 1911، 1، صفحة 500. ـ النقض المدني 18 كانون الأول 1895، Dalloz 98، 1، صفحة 193، تعليق L.SARRUT. ـ 18 كانون الثاني 1887، Dalloz 87، صفحة 255؛ Sirey 87، 1، صفحة 97، تعليق J.-E. LABBÉ ـ حكم غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1861، Dalloz 62، 1، صفحة 297.

(2) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1972، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 98.

(3) محكمة استئناف باريس، 21 آذار 1984 Dalloz-Sirey، 1986، صفحة 131، تعليق G.POTIRON.

(4) انظر Cl.COLOMBET, De la règle que l'action paulienne n'est pas reçue contre les paiements، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 15 وما يليها.

(5) انظر بصورة خاصة حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1946، مصنف الاجتهادات =

المسبب للدائنين[1]. بالتالي، ليس هنا ثمة حل عام كما بالنسبة إلى الأعمال المجانية.

على أن الاجتهاد الأحدث يطرح من حيث المبدأ أن مجرد معرفة المدين يكفي لإجازة الدعوى البوليانية.

إن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 17 تشرين الأول 1979[2]، طرحت من حيث المبدأ «أن الغش بمعنى» المادة 1167 من القانون المدني، «ينجم عن معرفة المدين الضرر الذي يسببه للدائن بجعل نفسه معسراً أو بزيادة إعساره». إنه استنساخ للصيغة التي سبق أن أوردتها الغرفة ذاتها في 13 آذار 1973 بالنسبة إلى عمل مجالي. غير أن هذه المادة طُبقت هذه المرة بدون التباس على عمل معاوضة، أي بيع المدينين صهرهم جميع أملاكهم، في حكم نقض لانتهاك المادة 1167 من القانون المدني لحكم استبعد الدعوى البوليانية بحجة أن الدائن «لم يقدّم البيّنة على الغش الذي ارتكبه مدينوه أي نيتهم في الإضرار بإبرام هذا العقد». وكما سبق أن لوحظ لا شك في أن «ظروف القضية (...) كانت ملائمة لإدراك مرن للغش البولياني»[3]. وكان بيع رقبة ملك جميع عقارات المدين معدّة بالطبع لتشكل عقبة أمام الضمان الذي تمثله هذه العقارات. والحل يفرض نفسه وإلاّ كان ثمة قبول بمناورات ماهرة أكثر من اللازم بحيث أنها غير شريفة. والمبدأ المطروح له المدى العام عينه وليس محدوداً بأعمال المعاوضة.

ونقضت الغرفة المدنية الأولى نفسها بصورة أوضح، في 29 أيار 1985[4]، حكماً استناداً إلى المادة 1167 وأكدت «أن الغش البولياني لا يستدعي بالضرورة نية الإضرار، وأنه ينتج عن مجرد معرفة أن المدين وشريكه في التعاقد بعوض أضرّا بالدائن بالعمل المطعون فيه».

وقد استعاد هذا المبدأ نفسه بحكم جديد في 13 كانون الثاني 1993، في صدد إبرام عقد معاوضة دائماً[5]. وفي هذه القضية باع أحد الأشخاص، بعد أن كفل شخصياً تجاه

= الدوري، 1947، II، 4011 ـ النقض المدني، 7 أيار 1894، Dalloz الدوري 94، 1، صفحة 505 ـ حكم غرفة العرائض، 20 تموز 1875، Dalloz 76، 1، صفحة 243 ـ 6 أيار 1857، Dalloz 57، 1، صفحة 299.

(1) انظر بصورة خاصة حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1895، Dalloz 1895، 1، صفحة 486؛ Sirey 1899، 1، صفحة 491 ـ الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 أيار 1964، النشرة المدنية، III، رقم 373، صفحة 285. ـ حكم الغرفة المدنية الأولى، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106. ـ 30 حزيران 1976، النشرة المدنية، I، رقم 237، صفحة 193.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 249، صفحة 198؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة .G، II، 19627، ملاحظة J.GHESTIN؛ Defrénois 1980، البند 32248، ملاحظة J.-L. AUBERT.

(3) J.-L. AUBERT، الملاحظات المذكورة سابقاً.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148، فهرس Defrénois، 1986، البند 33694، ملاحظة J.-L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة S.MESTRE.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 5، صفحة 4؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة .G، II، 22027، ملاحظة J.GHESTIN.

شركة تحصيل ديون، خليلته الشقة التي تشكل إقامتهما المشتركة واكتسبه.بفضل قرض مصرفي، قبل أن يدان بعد وقت قليل بدفع المبالغ المتوجبة تنفيذاً لتعهده ككفيل. ورفض قضاة الأساس الحكم بأن البيع،المبرم غشاً للإضرارا بالدائن، كان غير محتج به تجاهه، بعد أن أخذوا، بصورة خاصة، بأن البيع كان معداً لتصفية الدين الذي تعاقد عليه في أفضل الشروط بالنسبة إلى الكفيل بالنسبة إلى مؤسسة القرض، وأن الشروط المناسبة التي تعاقد عليها لا تكفي للبرهنة على الغش للإضرار بشركة تحصيل الديون التي كان دينها قليل الأهمية. وقد جرى نقض حكمهم بحجة «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن الغش، بمعنى المادة المعنية، ينجم عن مجرد معرفة المدين بالضرر الذي سبّبه للدائن بجعل نفسه معسراً أو بزيادة عسره، انتهكت هذا النص».

489 ـ يجب تقديم إثبات تواطؤ الغير في أعمال المعاوضة[1].

ذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 27 حزيران 1984[2]، «بأن الدائن الذي يمارس الدعوى البوليانية، عندما يتعلق الأمر بعمل معاوضة، عليه إثبات تواطؤ الغير مكتسب الملكية في الغش». وينبغي، عندما ينقل الغير ملكية مال إلى المالك الثاني، فضلاً عن ذلك، إثبات تواطؤ مكتسب الملكية الثاني هذا، على الأقل إذا اكتسبها بعوض[3].

وبصورة عامة يقدر غش الغير أو خطأ الغير بالنسبة إلى غش المدين أو خطئه. بيد أنه

---

(1) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1972، النشرة المدنية، I، رقم 109، صفحة 98 ـ حكم غرفة العرائض، 24 أيلول 1941، مجلة قصر العدل، 1941، 2، صفحة 414 ـ النقض المدني، 7 تموز 1896، Dalloz 96، 1، صفحة 519. ـ 18 كانون الأول 1895، Dalloz 98، 1، صفحة 193 ـ 18 شباط 1887، Dalloz الدوري 87، 1، صفحة 257، حكم غرفة العرائض، 30 آذار 1874، 1، صفحة 264 ـ النقض المدني، 3 آذار 1869، Dalloz 69، 1، صفة 200. ـ حكم غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1861، Dalloz 62، 1، صفحة 267.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 211، صفحة 178.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 266، صفحة 150؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة G.، II، 21739، تعليق M.BEHAR-TOUCHAIS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 739، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE ـ 25 كانون الثاني 1983، النشرة المدنية، III، رقم 25، صفحة 19 ـ النقض المدني، 2 شباط 1852، Dalloz الدوري 52، 1، صفحة 49 ـ وكذلك B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND و L.BOYER، رقم 603 ورقم 604 ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1084، صفحة 820 وصفحة 821 ـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 1037، صفحة 588. ـ F.CHABAS et H.L. et J.MAZEAUD، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 997، صفحة 1080 ـ G. MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 180، صفحة 166 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 532، رقم 1417 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOÜANT، صفحة 290، رقم 959. قارن بـ P.-Y-GAUTIER، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية v، الدعوى البوليانية (1988)، الأرقام 64 إلى 67.

يمكن أن يكون ثمة حسن نية للغير الذي عرف عسر المدين، وبشكل أوسع، الضرر الذي سبّبه العمل للدائن، أو خطأ مشترك حقيقي أو تواطؤ غشي بين المدين والغير. إن حلاً وسيطاً يمكن البحث عنه في معرفة غش المدين بدون رابطة صريحة بهذه المعرفة.

والحلول التي اعتمدتها محكمة النقض كانت هنا متنوعة.

فقد نزعت محكمة النقض عموماً إلى إظهار تواطؤ غشي في الحالات التي كانت فيها نية المدين في الإضرار متحققاً منها في الوقت عينه[1]، بيد أن القاعدة لم تكن مطلقة[2]. فبعد أن بينت أن المدين كان على علم بعسره وبالضرر المسبب للدائنين، حللت أحياناً تواطؤ الغير في الغش المعرّف بمجرد معرفة هذا العسر وهذا الضرر المسبب للدائنين[3]. غير أنها في حالات أخرى، بعد تعريف غش المدين، تحققت من «تواطىء غشي» مع الغير[4].

وقد أوردت ثلاثة أحكام لمحكمة النقض جرى فيها استبعاد الرجوع عن تكوين بائنة بسبب حسن نية أحد الزوجين المستفيد، ثلاثة تعاريف مختلفة للتواطؤ على الغش. ففي الحكم الأول يجب أن يكون الزوجان قد ساهما في الغش، بيد أنه جرى التحقق في الواقع من أن أحدهما كان يجهل عسر المدين[5]. وفي الثاني كانت ثمة تواطؤ غشي كان مفروضاً[6]. وفي الحكم الثالث أخيراً كانت معرفة حالة التوقف عن الدفع من قبل المدين كافية[7].

وكانت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض[8]، كما رأينا، قد طرحت بصورة واضحة جداً من حيث المبدأ «أن الغش البولياني لا يستوجب بالضرورة نية الإضرار، وأنه ينجم عن مجرد معرفة المدين وشريكه في التعاقد بعوض الضرر الذي سبّبه العمل المنازع فيه للدائن». والتعريف عينه للعنصر القصدي للغش البولياني يؤخذ به بالنسبة إلى المدين وإلى الغير الذي تواطأ معه.

---

(1) انظر بصورة خاصة، 12 كانون الثاني 1926، Sirey 1926، 1، صفحة 183. ـ حكم غرفة العرائض، 20 تموز 1875، D. 76، 1، صفحة 243.

(2) انظر حكم غرفة العرائض، 6 أيار 1857، Dalloz 57، 1، صفحة 299، الذي تثبت من «مخطط» المدين للتسبب بضرر الدائن وإنما عرّف التواطؤ في الغش بأنه «معرفة الغير بعسر المدين وبالتالي بالضرر الناجم عنه بالنسبة إلى الدائنين». أضف إلى ذلك، حكم غرفة العرائض في 18 تشرين الثاني 1946 المذكور سابقاً الذي بيّن فقط أن الغير لم يكن من الممكن أن يجهل وضع المدين الذي عمل بهدف الغش للإضرار بحقوق دائنيه.

(3) انظر حكم غرفة العرائض في 25 حزيران 1895، Sirey 99، 1، صفحة 491.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 117، صفحة 106.

(5) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1861، المشار إليه سابقاً.

(6) النقض المدني، 18 كانون الثاني 1887، المذكور سابقاً.

(7) النقض المدني، 18 كانون الأول 1895، المذكور سابقاً.

(8) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148؛ Defrénois، 1986، البند 33694، صفحة 385، ملاحظة J.-L.AUBERT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE.

490 ـ لم يعد الاجتهاد يتطلب نية الإضرار بالدائن عندما يكون العمل سابقاً لاستحقاق الدين.

تطور اجتهاد محكمة النقض بصورة مهمة منذ بضع سنوات. وكان في زمن أول ينزع إلى تطلب نية الإضرار والتواطؤ الغشي في هذا الوضع.

وكانت دعوى الإبطال مستبعدة عندما لم يكن الدين، مع أن الوقائع كانت سابقة للعمل المنازع فيه، متوقعاً بما فيه الكفاية ليكون هاجس وضع عقبة أمام تحصيله من الممكن اعتباره هدف الغش الذي يتابعه المدين[1].

وكانت نية الإضرار يتم التحقق منها بمنهجية عندما يتم العمل المطعون فيه قبل أن يصبح الدين أكيداً ومعين المقدار ومستحقاً غير أنه سبق أن كان موجوداً في مبدئه. وكان الرجوع مقبولاً لأن «الغش كان منظماً لحرمان الدائن السابق»[2]. ولاحظت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 16 حزيران 1981[3]؛ أيضاً «أن حكم 10 آب 1976 إذا كان قد صفى الدين المستند إليه، فإن هذا الدين كان قد نشأ، في مبدئه، عن تصرفات جرمية يعوض عن نتائجها الضارة»، وأضافت «أن المصرف، إذ لم تكن هناك معارضة بأن هذه التصرفات سابقة لعمل القسمة، كان مقبولاً للطعن في هذا العمل بإثبات نية المدين في الإضرار به».

وبينت محكمة النقض، بالموازاة، بالنسبة إلى الغير المدعى عليه في الدعوى البوليانية، بدون إبراز التواطؤ الغشي، إن العمل المطعون فيه لم تكن فيه أي مصلحة للغير، مما يبدو تماماً أنه لم يكن ثمة هدف بالنسبة إليه سوى التملص من حقوق الدائن[4].

---

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1968، النشرة المدنية، III، رقم 484، صفحة 370؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 562، ملاحظة Y.LOUSSOUARN ـ حكم غرفة العرائض، 6 آذار 1946، Dalloz 1946، صفحة 240.

(2) حكم غرفة العرائض، 5 تشرين الثاني 1939، مصنف الاجتهادات الدوري، II، 1252، تعليق R.D. ـ 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474. ـ 12 تشرين الثاني 1872، Dalloz 72، 1، صفحة 78. ـ 15 شباط 1967، النشرة المدنية، I، رقم 66، صفحة 49 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 771، ملاحظة Y.LOUSSOUARN. يتعذر الاستشهاد إلاّ بحكمين يبنيان، في هذه الفرضية بمجرد معرفة الضرر المسبب للدائن المستقبلي: حكم الغرفة التجارية، 26 حزيران 1968 (النشرة المدنية، IV، رقم 204، صفحة 185)، وحكم الغرفة المدنية الثالثة 4 نيسان 1973 (النشرة المدنية III، رقم 258، صفحة 187). أيضاً، يتعلق الأول بعمل مجاني مما يكفي لتسويغ الحل، أما الثاني فلم يحرر بتعبير مبدئي بخلاف الأحكام المذكورة سابقاً.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 212، صفحة 174؛ Dalloz 1982، صفحة 131 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR.

(4) الغرفة المدنية الأولى، 15 شباط 1967 Dalloz، صفحة 81 من الموجز ـ الغرفة المدنية الثالثة، 27 حزيران 1972، النشرة المدنية، III، رقم 420، صفحة 305. وكذلك الغرفة المدنية الثالثة، 4 نيسان 1973، الحكم المذكور سابقاً الذي يبين فقط أن الغير كان متواطئاً في الغش، بعد تعريف هذا الغش بأنه مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن.

ولاحظ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 26 أيار 1983[1]، أيضاً «أن محكمة الاستئناف (. . .)، إذ بينت أن السيد Guenzi الذي كان على علم بالوضع الصعب عندما أعطى الهبتين قد أفقر نفسه إرادياً، استنتجت أن هذا الإفقار كان هدفه غش دائنيه المستقبليين الذين كان يوجد لمصلحتهم في آونة الأعمال المنازع فيها مبدأ أكيد للدين كان يعرفه المدين»، لكي يستنتج من ذلك، «أن محكمة الاستئناف سوّغت، بهذه الحجج وحدها، حكمها قانوناً». «كان غش دائنيه المستقبليين» قد جرى بيانه صراحة. بيد أن الغرفة التجارية أصرت أيضاً على علم المدين بوضعه وتحققت من المبدإ الأكيد للدين. إن جعل نية الإضرار شرطاً للدعوى البوليانية بالنسبة إلى عمل مجاني مناقض لاجتهاد يبدو اليوم مكتسباً. ويكون ذلك في أي حال في تناقض مع الاجتهاد المستقر اليوم للغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض[2].

إن جميع الأحكام الحديثة للغرفة المدنية الثالثة لا تتطلب بالفعل، حتى في غياب أقدمية دين مستحق بالنسبة إلى العمل المطعون فيه، نية الإضرار بالدائن، إلاّ عندما لا يكون لدى المدعي أي مبدإ دين سابق للعمل المطعون فيه.

إن الحل مقبول في أول الأمر تجاه الأعمال المجانية مما يمكن أن يبدو تطبيقاً للمبادىء الخاصة التي تسوس، كما سبق أن رأينا، هذه الأعمال. إلاّ أن الصيغ المستعملة عامة.

وقد طرحت الغرفة المدنين الأولى، في 4 تشرين الثاني 1983[3]، بالنسبة إلى الهبة، من حيث المبدأ، «أن الغش البولياني ينتج عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب لدائنه بالعمل المنازع فيه بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي هو أساس الدعوى البوليانية». ويرتكز هذا الضرر في القضية الراهنة على القيام «بتخفيض (. . .) إمكانيات الشركة المرسيلية للائتمان، عن طريق الهبة المنازع فيها (. . .)، مع العلم التام بالوضع (. . .) في تحصيل المبالغ الكبيرة التي ستطالب بها شخصياً عند إقفال حساب شركة «Moyse et Verne» التي كان المدين رئيسها ومديرها العام والكفيل.

وردت الغرفة عينها، في 17 كانون الثاني 1984[4]، دعماً يتمسك «بأن إقفال الحساب

(1) النشرة المدنية IV، رقم 151، صفحة 131.

(2) بينت الغرفة التجارية، في حكم 6 تموز 1981 (مجلة قصر العدل، 1982، 1، بانوراما، صفحة 145)، أيضاً أن المدين لا يمكن أن يكون لديه هدف آخر إلاّ تهريب العقار عن ملاحقات دائنيه مما هو أبعد من مجرد معرفة التسبب بضرر دائنيه. إلاّ أن هذا الحكم لم ينشر في النشرة الرسمية وبذلك هو أقل مدلولاً على أنه سابقة. أنه يتعلق هو أيضاً بهبة.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 254، صفحة 228؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719، ملاحظة J.MESTRE.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 16، صفحة 14؛ Dalloz-Sirey 1984، صفحة 437، تعليق Ph.MALAURIE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 719، ملاحظة J.MESTRE.

الجاري الذي يحدد يقينياً دين المدين المكفول لم يحصل إلاّ بعد الهبة المطعون فيها، وأن الحكم المطعون فيه الذي لم يتحقق من أن الغش كان منظماً سلفاً من أجل الإضرار بالدائن المستقبلي حرم قراره من الأساس القانوني بالنسبة إلى المادة 1167 من القانون المدني». واكتفت بالملاحظة «أنه من غير الضروري، ليكون بالإمكان ممارسة الدعوى البوليانية، أن يكون الدين الذي يطالب به المدعي أكيداً أو مستحقاً في آونة العمل المشوب بالغش، وأنه يكفي، كما أعلنت ذلك بصواب محكمة الدرجة الثانية، أن يكون مبدأ الدين موجوداً قبل إبرام العمل المذكور من قبل المدين».

كما حكمت، في 17 حزيران 1986[1]، في صدد تغيير النظام الزواجي الذي ترافق مع هبة مهمة لبنات المدين، «بأن الغش البولياني ينجم عن مجرد معرفة المدين بالضرر المسبب لدائنه بالعمل المنازع فيه بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي يشكل أساس الدعوى البوليانية».

كما أن الغرفة نفسها أخذت، في 13 نيسان 1988[2]، بوضوح، في صدد هبات تجاه دين «أكيد في مبدئه» فقط، وإنما غير معين المقدار في آونة العمل المطعون فيه، بأن قضاة الاستئناف، بإثبات «معرفة المدين بالضرر الذي سببه للدائن بإفقاره ذمته المالي» وصفوا «الغش البولياني».

وقد حكمت محاكم الاستئناف في الاتجاه عينه[3].

والحل نفسه مقبول بالنسبة إلى أعمال المعارضة مما يتجز إثبات طابعه العام.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1985[4]، في شأن بيع عقار، «بأن الغش البولياني لا يستدعي بالضرورة نية الإضرار، وأنه ينتج عن مجرد معرفة المدين وشريكه في التعاقد بعوض بالضرر الذي سببه العمل المنازع فيه للدائن». ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه رد دعوى الجباة الألمان، من جهة أولى، بحجة أن السيد Pavlovic، حتى ولو لم يكن يجهل أن عليه ضرائب لمصلحة الضرائب الألمانية، لم يبدِ أي عجلة في التفاوض على بيع العقار الذي لم يكن، وهو خاضع للعلنية العقارية، سرياً وهكذا لم يثبت الغش، ومن جهة ثانية، بحجة أن شركة SCI Vector تكونت بين السيد Pavlovic وأمه وشركة Tragenir التي كان السيد Pavlovic رئيسها ومديرها العام، مما هو غير كافٍ

---

(1) مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة .G، II، 20816، تعليق Ph.SIMLER. من الصحيح أن الحكم يبين مع قضاة الاستئناف إرادة المدين «في حرمان دائنه من قسم أساسي من ذمته المالية»، ثم يضيف السيد Simler: «أي أن نية الإضرار تمت البرهنة عليها».

(2) النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 61.

(3) انظر على سبيل المثال حكم محكمة استئناف باريس، 16 كانون الثاني 1986، مجلة قصر العدل، 1986، 1، صفحة 210 من الموجز.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 148؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، ملاحظة J.MESTRE؛ Defrénois 1986، البند 33694، صفحة 385، ملاحظة J.-L.AUBERT.

لاعتماد فرضية بموجبها لم تكن شركة Vector قد أسسها السيد Pavlovic إلاّ بنية الغش». ففي عرف محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أنه كان عليها فقط البحث عما إذا كان السيد Pavlovic وشركة SCI Vector كانا على علم بالضرر الناتج بالنسبة إلى مصلحة الضرائب الألمانية عن إبرام بيع 19 تشرين الأول 1976، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

حتى أن محكمة النقض، على ما يبدو، حكمت بأن وصف عمل المعاوضة أو العمل المجاني لا يؤبه له في هذه المادة.

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 25 شباط 1981[1]، من حيث المبدأ، بالنسبة إلى هبات أجراها الكفيل، «أن الغش البولياني ينتج عن مجرد معرفة المدين بالضرر الذي سبّبه العمل المنازع فيه لدائنه بالاستقلال عن تاريخ استحقاق الدين الذي هو أساس الدعوى البوليانية». وأضافت أن الكفيل «أجرى الهبتين المنازع فيهما مع علمه بالوضع وبهدف تهريبهما من سلطان دائنيه».

إن هذا الحكم ملفت إلى درجة أن مدعية الطعن نازعت في الطابع المجاني للأعمال المطعون فيها. وأجابت محكمة النقض على ذلك «بأن محكمة الاستئناف قدرت، بسيادة أيضاً، أن Louis Laboric كان متواطئاً في الغش مع السيدة Garbani، وأن غش الغير المتعاقد بالتالي كان ثابتاً، وليس لأسباب الطعن المتعلقة بالطابع المجاني أو العوض للعمل الحاصل في 29 تموز 1974 أي مدى». ويمكن الاستنتاج من ذلك أن الحلول الصادرة بالنسبة إلى الغير المتواطىء (صراحة) وبالنسبة إلى غش المدين (ضمنياً) مطبقة سواء أكان العمل المطعون فيه مجانياً أو بعوض.

491 ـ لا يبقى تطلب نية الإضرار بالدائن إلاّ عندما لا يملك المدعي أي مبدأ للدين السابق للعمل المطعون فيه.

سبق أن رأينا، بالنسبة إلى محكمة النقض، «أنه، إذا لم يكن للدائنين الذين تكون سنداتهم لاحقة للأعمال المطعون فيها بأنها غشية، من حيث المبدأ، الصفة لطلب الإبطال، فإن هذه القاعدة لا يمكن تطبيقها على الحالة التي تكون فيها الوقائع التي أنشأت حق الدائن سابقة للعمل المطعون فيه والتي يكون فيها الغش منظماً لحرمان الدائن اللاحق»[2].

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 69، صفحة 57؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 19628.

(2) غرفة العرائض، 15 تشرين الثاني 1939، المذكورة سابقاً، التي أكدت الرجوع عن الاعتراف بدين أعطاه أحد الأشخاص لشقيقته وقد أدين بالتعويض عن نتائج حادث حصل قبل العمل المطعون فيه. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى، 20 كانون الأول 1976، النشرة المدنية، I، رقم 412، صفحة 321، بالنسبة إلى هبة بقسمة التركة لاحقة لحادث خطير تقع مسؤوليته على الواهب. ـ غرفة العرائض، 25 حزيران 1935، Dalloz الأسبوعي 1935، صفحة 474، تأكيد الرجوع عن تفرغ عن حقوق إرثية حصل في آونة جرت فيها مقاضاة فاعلها لإثبات الأبوة والعطل والضرر لفسخ وعد بالزواج. ـ النقض المدني، 2 شباط 1852، Dalloz الدوري 52، 1، صفحة 49.

وذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 7 كانون الثاني 1982[1]، «بأنه، إذا كان العمل المطعون فيه يجب، من حيث المبدأ، أن يكون لاحقاً لنشوء الدين، فليس الأمر كذلك عندما يبرهن على أن الغش كان منظماً من أجل الإضرار بالدائن المستقبلي». إن الحالة لها مدلول خاص طالما أن المدين لجأ إلى الهبة المطعون فيها قبل قليل من تفجير عقار كانت تسكنه أسرة أعلن لها عن نيته «في المقاضاة» ثم انتحر. لم يكن في هذه القضية أي دين موجود في آونة إبرام العمل المشوب بالغش حتى ولا مبدأ دين.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى نفسها، في 4 أيار 1982[2]، بأنه «ما دام قد ثبت أن الغش كان قد نظم من أجل الإضرار بدائن مستقبلي فإن إقفال الحساب الجاري الذي يحدد دين شركة CGIB لم يتم إلاّ بعد الهبة المطعون فيها قليل الأهمية». ومع أن التسويغ هو هنا مصاغ بالتعابير عينها، فقد كان في هذه القضية، بخلاف القضية السابقة، «مبدأ للدين»، حسب الصيغة التي تعتمدها محكمة النقض الأكثر عمومية لكي تستبعد، في ظروف مشابهة، الاعتراض العائد إلى عدم وجود أقدمية الدين. فالحالة إذاً أقل مدلولاً من السابقة.

492 ـ تعريف الغش البولياني في حالة استبدال قيمة سهلة الإخفاء بمال سهل الحجز.

كانت نيّة حرمان الدائنين مطلوبة عندما لم يكن العمل المنازع فيه يؤدي إلى إنقاص موجودات المدين (أصوله) القابلة للحجز، بدون إفقار حقيقي له[3]. وحكمت محكمة النقض، في هذه الفرضية، بأنه إذا «كان الدائن يحوز الدعوى البوليانية عندما يكون للتفرغ، مع أنه جرى بثمن طبيعي، مفعول إفلات مال من الملاحقات باستبدال مال آخر به سهل الإخفاء» وذلك «لأن العمل تم إنجازه بهدف الإضرار بالدائن». ويبدو أن هذا الهدف يشكل شرطاً لهذا التوسيع لمجال دعوى الإبطال[4].

والاجتهاد، بالموازاة، بالنسبة إلى الغير المدعى عليه في الدعوى البوليانية، يبين التواطؤ الغشي[5].

إن الحكم المذكور سابقاً والصادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 156، صفحة 139.

(3) انظر بهذا المعنى H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 994، صفحة 1078.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 شباط 1971، Dalloz 1972، صفحة 53، تعليق E.AGOSTINI. ـ 21 تشرين الثاني 1967، Dalloz 1968، صفحة 317، تعليق LAMBERT - FAIVRE. ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 113 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 28 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 616، صفحة 440.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 نيسان 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 112، صفحة 113 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 28 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 606، صفحة 440.

17 تشرين الأول 1979[1]، يطرح مبدأ أن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائن كافٍ بالنسبة إلى البيع، المنازع فيه ولا ريب تجاه الهدف المتابع «كما سبق أن رأينا» وغير منازع فيه عندما يتم مقابل ثمن غير كاف. فهذا المبدأ طبقه إذاً هذا الحكم في فرضية حوّل فيها المدين عن طريق البيع مالاً عقارياً سهل الحجز إلى مبلغ من العملة يسهل إخفاؤه.

وقد قبلت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض نفسها، في 21 تموز 1987[2]، ممارسة الدعوى البوليانية ضد تقديم عقار لمدين مصرف إلى شركة مدنية عقارية، مما يشكل، حسب قضاة الأساس، إفقاراً لذمته المالية. وفي الواقع كان ثمة تحويل للذمة المالية، ليس في صالح الدائن، أكثر مما هو إفقار له. وأضافت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالأخذ بأن السيد Allemand لم يسوّغ بأي ذمة مالية عقارية أخرى تتيح له مواجهة المطلوبات (الخصوم) إلاّ بصفته مديراً ولم يكن من الممكن أن يجهل ذلك، وأنه، بالتقديم الذي قام به للشركة أراد تهريب العقار المشترك من ملاحقات الدائنين، تكون قد وصفت الغش». أن الصياغات هنا أقل تميّزاً من صياغات الحكم السابق. فقد جرى التحقق من إرادة تهريب العقار من الملاحقات، مما يمكن فهمه بعدم كفاية التحقق الوحيد الذي قامت به محكمة النقض في هذا الحكم من معرفة الضرر المسبب للدائن وبالاقتراب من إرادة حرمان الدائنين، وبعبارة أخرى من نية الإضرار.

ولاحظت محكمة استئناف باريس، في 21 تشرين الثاني 1988[3]، بعد أن تحققت من بيع عقار يخفي مالاً سهل الحجز مقابل عملة يسهل إخفاؤها، أن «هذا البيع الحاصل في حين أن» المدين «لم يكن يجهل وضع شركة Sable الدولية التي كان مديرها وكانت له إمكانية الاستعلام عن التعهدات من أي نوع كانت لهذه الشركة بالنسبة إلى المصرف، يشكل بلا جدال تنظيم عسره الخاص». وأضافت أن العمل المجرّم «بكونه بعوض، من المناسب البحث عما إذا كان مكتسب الملكية الذي وجهت الدعوى ضده أيضاً قد شارك في غش البائعين». وتحققت في هذا الصدد من أن مكتسب الملكية «ليس ابن البائعين وحسب، وإنما (. . .) كان يمارس منذ عام 1977 وظائف مدير في الشركة؛ وبفضل هذه الظروف والطابع العائلي للشركة لم يكن من الممكن أن يجهل مدى ديون الشركة والصعوبات المالية التي تواجه والديه؛ وهكذا تمت البرهنة على التواطؤ الغشي الموجود بين الزوجين Robert Sable والزوجين Jean-Luc Sable لتنظيم عسرهم». واستنتجت من ذلك أن «تواطؤ مكتسب الملكية ثابت هكذا».

493 ـ العنصر القصدي للغش البولياني في المدفوعات.

سبق أن رأينا أن المدفوعات، بسبب طابعها الإلزامي، لم تكن تفسح في المجال مبدئياً

---

(1) انظر الرقم 488 السابق.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 169.

(3) Les petites Affiches، 24 نيسان 1989، صفحة 13، تعليق P.BOUTEILLER.

لممارسة الدعوى البوليانية. ويكفي أن يكون الدين مستحقاً ليكون دفعه لا يمكن أن ينازع فيه عادة الدائنون الآخرون.

وليس الأمر خلاف ذلك إلاّ أن يكون الدفع قد تم بهدف حرمان الدائنين الآخرين.

وهكذا أصدرت الغرفة المدنية في محكمة النقض في 3 آذار 1869[1]، في هذا الشأن، حكم نقض ذلك بأن الوقائع التي بيّنها قضاة الأساس لم تكن تسمح بوصف غش المدين. فالمدفوعات وتكوين التأمينات بالنسبة إلى الضرر المسبب لبعض الدائنين لممارسة حقوقهم المشروعة والحفاظ عليها لم تكن بالنسبة إلى محكمة النقض، في غياب نية الإضرار ورغماً عن معرفة عسر المدين والضرر المسبب للدائنين الآخرين، لم تكن مقبولة.

كما أن الغرفة المدنية نفسها طرحت في حكم صدر في 7 تموز 1896[2] من حيث المبدأ «أن المدفوعات بين غير التجار التي قام بها مدين لدائنه من الضروري لكيْ تكون قابلة للإبطال استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني أن يكون بين الفريقين تواطؤ بهدف التسبب بضرر غير مشروع للدائنين الآخرين».

كما حكمت الغرفة نفسها أيضاً في حكم 17 تموز 1945[3]، بعد أن استعادت حرفياً صيغة قرارها السابق في 7 تموز 1896، بنقض في تعابير وشروط مماثلة سبق أن ضمنتها حكمها في النقض في 3 آذار 1869.

وقد لوحظ أن التحفظ الذي أورده الاجتهاد بالنسبة إلى الدعوى البوليانية في مادة الدفع لا يمكن أن يكون له تطبيق عملي إلا في النادر. فالتواطؤ الغشي المطلوب في هذه الحالة لن يكون مفهوماً ذلك بأن الدائن يتلقى دائماً ما يتوجب له لمصلحته الخاصة وليس بهدف حرمان الدائنين الآخرين. ولن يكون الأمر خلاف ذلك إلا أن يكون المدين قد دفع للدائن لأجَل أو لدائن وهمي؛ بيد أن الأمر في هذه الحالة الأخيرة يتعلق بالصورية وليس بالغش البولياني[4].

لا شك في أن الملاحظة صحيحة عندما يتعلق الأمر بدفع في المعنى الحصري. وبالمقابل يكون الغش ممكناً بلا جدال في الإيفاء بعوض[5]. غير أن الإيفاء يبقى صحيحاً إذا

---

(1) Dalloz 69، 1، صفحة 200.

(2) Dalloz 96، 1، صفحة 519.

(3) مجلة قصر العدل، 1945، 2، صفحة 143؛ Sirey 1946، 1، صفحة 14. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39، حيث جرت مماثلة دفع الهدايا من قبل زوج إلى عشيقته عن طريق شيكات على بياض أعطته إياها زوجته بالتبرعات التي لم يكن فيها سوى «نمط تحقيق».

(4) انظر Y.LOUSSOUARN، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 350، التعليق على حكم المحكمة البدائية في ليون، 12 حزيران 1969، Dalloz 1970، الصفحة 6 من الموجز.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول حزيران 1960، النشرة المدنية، III، رقم 212، صفحة 195 ـ غرفة العرائض، 9 أيار 1910، Dalloz 1910، 1، صفحة 462 ـ 3 أيار 1892، Dalloz 1894، 1، صفحة 202. ـ 18 شباط 1878، Dalloz 78، 1، صفحة 291. ـ 28 تشرين الثاني 1855، Dalloz56، 1، صفحة 319. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني =

تصرف الفريقان بحسن نية وإذا كان الفارق بين تقويم الأموال والثمن المتفق عليه غير كافٍ لإظهار الغش[1]. والغش عينه ممكن أيضاً في شأن الدفع الجاري عن طريق التفويض[2].

ويبدو القانون التجاري أشد قسوة. على أن حلوله ليست مختلفة بشكل أساسي عن الحلول التي اعتمدها الاجتهاد في القانون المدني، مع التحفظ، منذ إصلاح عام 1985، بأن العقوبة المحكوم بها لم تعد لاحجية العمل تجاه مجموعة الدائنين (المادتان 29 و 31 القديمتان)، وإنما بطلانه، مما يفرقهما عن الدعوى البوليانية.

وتقضي المادة 107، 3 و 4، من قانون 25 كانون الثاني 1985 بالبطلان الحكمي أيّ دفع ديون غير مستحقة أو ديون مستحقة جرت، بعد تاريخ التوقف عن الدفع، بغير «نمط الدفع المقبول في علاقات الأعمال». يضاف إلى ذلك أن المادة 108 تقضي بالبطلان الاختياري بالنسبة إلى المدفوعات الأخرى المستحقة إذا كان المتلقي على علم بحالة التوقف عن الدفع.

والمساواة المبدئية في التقويم القضائي التي يجب أن تسود بين الدائنين تجيز البطلان الاختياري للدفع النظامي لدين مستحق. وبالمقابل لا تُقبل الدعوى البوليانية في هذه الحالة إلاّ في الفرضية الصعبة الفهم حيث تجري المدفوعات بهدف حرمان الدائنين الآخرين.

وعندما لا يكون الدين مستحقاً أو يكون الدفع قد جرى بوسائل «غير سويّة» يمكن أن تمارس الدعوى البوليانية، في حين أن القانون التجاري، الأكثر مراعاة للمساواة بين الدائنين، ينص على بطلان حكمي يعاقب هذه الأعمال المشتبه بها أكثر من غيرها في علاقات الأعمال[3].

494 ـ خلاصات حول العنصر القصدي للغش البولياني.

لم تعد، في النهاية، نية حرمان الدائنين، بخلاف مجرد معرفة ضررهم، مفروضة إلا عندما تمارسَ الدعوى البوليانية ضد دفع منتظم لدين مدني مستحق أو بموجب دين لم يكن موجوداً حتى في مبدئه في آونة العمل المطعون فيه[4].

ومجرد معرفة الضرر الذي يصيب الدائنين هو على العكس غير كافٍ دائماً عندما يكون

= 1977، النشرة المدنية، I، رقم 34، صفحة 25، الذي يعتبر أنه يكفي إثبات معرفة المستفيد من الإيفاء الغش المرتكب للإضرار بالدائنين الآخرين.

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 11 أيار 1868، Dalloz 68، 1، صفحة 456، إضافة إلى حكم غرفة العرائض، 16 نيسان 1889، Dalloz 90، 1، صفحة 260. ـ 22 كانون الأول 1880، Dalloz 81، 1، صفحة 156.

(2) انظر حكم غرفة العرائض، 24 شباط 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1942، II، 1918، تعليق E.BECQUÉ.

(3) انظر N.CATALA, La nature juridique du paiement، أطروحة في باريس، منشورات L.G, D.J.، 1961، مقدمة J.CARBONNIER، صفحة 287، رقم 200.

(4) على أن محكمة استئناف تولوز قبلت، في حكمها الصادر في 20 حزيران 1966 Dalloz 1966 (1966، صفحة 560، تعليق E.BLANCQUEEL)، أن قيام المدين بزيادة مطلوباته (خصومه) يمكن اعتبارها غشية وتسويغ دعوى الإبطال إذا كان المدين قد تصرف بهدف الإضرار بدائنه.

العمل المجرّم مجانياً. وهذا هو الحل اليوم، وبصورة أكيدة، في القانون العام في صدد الأعمال بعوض.

والحل سهل التسويغ في ما يختص بالتبرعات. فقد نظر إليها القانونيون دائماً بحذر إذ يرون في إظهارات الكرم هذه شيئاً غير مألوف[1]. ولأنواع الكتمان هذه قوة خاصة عندما يكون الواهب معسراً. ومن النادر قبول تقديم هدايا بمال دائنيه. ولا يمكن نقل ذمة مالية سبق أن جرى التصرف بها في الواقع. ونفهم في هذه الظروف، بالنسبة إلى الأعمال المجانية، أن مجرد معرفة الضرر المسبب للدائنين هو كافٍ. وتقود الأسباب عينها إلى عدم تطلب تواطؤ الغير المستفيد.

على أنه يمكن أن يضاف أن العمل المجاني فضلاً عن ذلك يتجاوب بوضوح خاص مع الشرط التقليدي لإفقار المدين. ويتعارض بذلك مع الفرضيات التي كانت فيها إرادة حرمان الدائنين مطلوبة لمدة طويلة. وعند وجود مجرد استبدال مال سهل الإخفاء بمال يسهل حجزه، لن يكون هناك إفقار للمدين مع أن ضرر المدينين أكيد. والأمر على هذا النحو عندما يتعلق الأمر بدفع دين مستحق[2]. وعمل الإدارة في هاتين الفرضيتين في غياب إفقار المدين المعسر، الذي يمكن القيام به بحرية تامة، لا يمكن اعتباره مخطئاً إلاّ بسبب هدفه في حرمان الدائنين.

كما أن رقابة ذمة المدين المالية، عندما يكون العمل المطعون فيه سابقاً للدين الذي يسوّغ دعوى الإبطال، لا يمكن أن يُقبل أو أن يؤدي إلى الرجوع عن العمل إلاّ أن يكون هدف هذا العمل حرمان الدائنين المستقبليين.

وفي النهاية، ومن أجل تقدير الاجتهاد الحالي، يجب على ما يبدو أن ننطلق من المبدإ الذي يحتفظ بمقتضاه المدين بحرية التصرف بذمته المالية. ولا يمكن أن تكون الأعمال القانونية التي يقوم بها في هذه الإدارة منازعاً فيها إلا أن يكون من الممكن اعتبارها خاطئة. وهذا الوصف مقبول بسهولة بمجرد تحقق موضوعي من أن المدين أفقر نفسه إرادياً في حين أنه كان يعلم أنه ليس بإمكانه إيفاء تعهداته. إن الخطأ بديهي عندما يتعلق الأمر بعمل مجاني. ويبقى هذا الخطأ يقينياً في الفرضيات جميعاً حيث يؤدي العمل إلى إفقار المدين المعسر.

ومن الطبيعي عدم الذهاب أبعد من ذلك من دون الاصطدام مباشرة بالمبدإ الذي بمقتضاه يحتفظ المدين بحرية التصرف بذمته المالية.

بيد أنه يمكن، عندما يكون العمل المعني، مع كونه صحيحاً موضوعياً، عندما لا يُفقر المدين المعسر، ويكون قد تمّ من قبل هذا المدين بهدف حرمان دائنيه، الأخذ بخطإ هذا المدين الذي ليس من الممكن أن تكون لإدارته الحرة شرعاً قصدية كهذه.

(1) انظر بصورة خاصة المادة 40 مكرر من قانون 27 كانون الأول 1973، المسمى «قانون Royer» التي تحظر الحسم بصفة مجانية للمستهلكين.

(2) أو كذلك عندما يكون ثمة مجرد زيادة في المطلوبات. ـ انظر حكم محكمة استئناف تولوز، 20 حزيران 1966 المذكور سابقاً، الذي يقبل في هذه الحالة دعوى الإبطال إذا كان المدين قد عمل للإضرار بالدائن.

ويمكن في هذه الفرضية محاولة الكلام على التعسف في استعمال الحق في إدارة الذمة المالية. وليس في الواقع مفهوما التعسف في استعمال الحق والغش مختلفين بشكل أساسي ويتجاوبان مع اهتمام مشترك. على أن مجاليهما مختلفان، لأن التعسف في استعمال الحق يعاقب التعسف في استخدام امتيازات محددة، في حين أن الغش، وعلى وجه الخصوص الغش البولياني، يستهدف ممارسة حرية القيام بأعمال قانونية وبشكل أوسع إدارة الذمة المالية[1]. ويخطىء المدين أيضاً عندما ينظم عسره من أجل حرمان دائنيه المستقبليين. وهنا كذلك أدار ذمته المالية بشكل غير صحيح بالطبع.

وخطأ المدين أخيراً الذي يسوّغ دعوى الإبطال يمكن استنتاجه طبيعياً من المعرفة الموضوعية بإفقار كان عليه الامتناع عنه طالما أنه كان على علم بعسره. أما الغير فينبغي أن يكفي، بالموازاة، أن يكون على علم بهذا الوضع. ولا أهمية تذكر لأن يكون قد تابع فائدته الشخصية، كما هي الأحيان، بدون السعي إلى حرمان الدائنين.

ولا يجد المدين، في غياب إفقاره، إدارته لذمته المالية مطعوناً فيها إلاّ أن يكون قد تصرف بهدف حرمان دائنيه. والأمر على هذا النحو عندما يتم العمل قبل نشوء الدين الذي يشكل أساس دعوى الإبطال، ذلك بأنه يكفي عندئذٍ أن يكون الدين موجوداً في مبدئه للسماح بالدعوى البوليانية.

وقد اقترح السيد Goubeaux حل تسوية في هذه الفرضيات المختلفة. وحسب رأيه «على المدين المقتنع بأنه تصرف مع علمه بأنه أضرّ بدائنه أن يتمكن من مواجهة دعوى الإبطال بوسيلة دفاع مستخرجة من الدافع المشروع الذي حمله على مبادرته. وربما تكون في ذلك مناسبة إيجاد تفريق كرسه الاجتهاد يبدو، كما رأى السيد Gbastin، حكيماً»[2].

ولم تكن، حتى عام 1979، نية حرمان الدائنين، بخلاف مجرد معرفة ضررهم، مفروضة بصورة ثابتة إلاّ في ثلاث حالات خاصة: استبدال قيمة سهلة الإخفاء بمال يسهل حجزه؛ دفع منتظم لدين مدين مستحق؛ الطعن في عمل سابق لدين من مارس الدعوى البوليانية[3].

إن قصدية العمل تتيح إذاً تأكيد تدخل الدائنين في إدارة الذمة المالية، وجعل الأعمال التي يجب أن تكون بمنجى من أي اعتراض غير محتج بها تجاههم. ومن المسموح به اعتبار أن المدين الذي يعرف الضرر الذي يسببه لدائنه كانت لديه في الوقت عينه نية الإضرار به وحرمانه به الضمان الذي اعتمد عليه. وهذه الملاحظة يمكن أن تكفي لتفسير التطور الحديث للاجتهاد حتى لتسويغه. بيد أنه ينبغي أن لا يمنع التهديد بالدعوى البوليانية المنظور إليها

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 701 ورقم 727.

(2) تعليق على حكم محكمة استئناف بو، 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة .G، II. .19839

(3) La fraude paulienne، J.GHESTIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 569 وما يليها.

بشكل واسع جداً الإفراد من إثبات وضعهم بفضل تقديم العملة الجديدة التي تم الحصول عليها ببيع الموجودات العقارية[1]. يقتضي إذاً أن تترك لهم إمكانية إثبات أن العمل المطعون فيه، وهو ليس عمل إفقار بحصر المعنى، كانت له غاية مشروعة ولم يكن هدفه حرمان الدائنين.

أما الغير فيبدو، بالموازاة، فينبغي أن يكون قد انضم إلى هذا الهدف. وليس من الضروري من أجل ذلك أن يكون له الهدف عينه، إذ يكفي أن يكون على علم بالهدف الذي يسعى إليه المدين وأن يكون قد أسهم فيه وأن يكون الطرف الآخر في الالتزام.

الفقرة 2 ـ مفاعيل الدعوى البوليانية (او آثارها)

495 ـ تهدف الدعوى البوليانية إلى التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن بفعل العمل الغشي.

يرتكز التعويض الأكثر ملاءمة على محو نتائج هذا العمل. بيد أنه ليس من الضروري تقويض العمل بالنسبة إلى الجميع. يكفي أن يكون غير قابل للاحتجاج به في وجه الدائن، حتى في التدبير الضروري الوحيد للتعويض عن الضرر. للدعوى البوليانية إذاً، المحددة بالتعويض عن ضرر الدائن، مفعول نسبي.

I ـ التعويض عن ضرر الدائن

496 ـ سنحدد شكل التعويض ونطاقه وحقوق الدائن المدعي تجاه دائني الغير مكتسب الملكية.

أ ـ شكل التعويض

497 ـ المفعول الطبيعي للدعوى البوليانية هو لاحجية العمل الغشي اتجاه الدائن المدعي. وليس بإمكان هذا الدائن، استثنائياً، سوى الحصول على التعويض.

1) لاحجية العمل الغشي

498 ـ تهدف اللاّحجية إلى التعويض عن الضرر الذي يسببه العمل الغشي للدائن.

أعلنت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 3 كانون الأول 1985[2]، لتسويغ

---

(1) J.GHESTIN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الأول.1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة .G، II، 19627.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 334، صفحة 300؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 601، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1975، النشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 181.

نقض لانتهاك المادة 1167، في شكل مبدإ «أنه ينتج عن هذا النص أن العمل المعترف أنه غشي لا يبطل إلاّ لمصلحة الدائن وبمقدار هذه المصلحة، ويبقى لصالح الشريك في التعاقد بالنسبة إلى كل ما يتجاوز مصلحة الدائن». ولاحظت «أن الحكم المطعون فيه، بعد أن تحقق من أن التنازل عن حق شائع في 18 آذار 1975 جرى غشاً للإضرار بالسيد Gauzance، الدائن، حكم ببطلانه». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، بدلاً من تقرير أن هذا التنازل لا يحتج به في وجه السيد Gauzance فقط، طبقت النص المعني بشكل مغلوط».

إن التعويض عن ضرر الدائن يجب أن يكون كاملاً.

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 10 أيار 1984[1]، «بأن موضوع ممارسة الدعوى البوليانية ذاته هو الرجوع عن العمل المطعون فيه بكونه اعتداء على حقوق الدائن، ولاسيما على حقه في الرهن العام على أموال مدينه». واستنتجت من ذلك «أن قضاة الدرجة الثانية، إذ قدروا أن إرساء مزايدة المال، الذي كان المصرف دائن الرهن العقاري قد حجزه، على الغير، وضع عقبة أمام متابعة دعوى الرجوع عن إيجار الحكر الحكمي الذي التزم به، ما دام أنه بذلك منع عودة المال إلى ذمة المدين المالية، لم ينتهكوا المادة 1167 من القانون المدني».

واللاّحجية، بالمقابل، محدودة بهذا التعويض. وينجم عن ذلك أن العمل لا يتم الرجوع عنه إلاّ مقابل المبلغ الضروري للدفع للدائن[2].

499 ـ اللاّحجية لها مفعول رجعي.

تعاد الأموال التي خرجت غشاً من ذمة المدين المالية إليها ويفترض أنها لم تخرج منها على الإطلاق. فبإمكان الدائن إذاً حجزها[3]. يضاف إلى ذلك أن الرهونات العقارية القضائية التي يتخذها الدائن لاحقاً للتصرف بالمال يسري مفعولها اعتباراً من تسجيلها[4].

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 150، صفحة 127.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 24 تموز 1928، Dalloz الاسبوعي 1928، صفحة 564 ـ حكم محكمة استئناف ليون، 27 شباط 1893، 94Dalloz، 2، صفحة 490 ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 613، صفحة 346 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 184، صفحة 168، وصفحة 169. ـ - M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 293، رقم 962 ـ Ch.AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليق 6.

(3) النقض المدني، 7 أيار 1894، Dalloz الدوري 94، 1، صفحة 505 ـ حكم محكمة استئناف بو، 17 كانون الأول 1890، Dalloz الدوري 92، 2، صفحة 18.

(4) غرفة العرائض، 11 تشرين الثاني 1878، Dalloz الدوري 80، 1، صفحة 323 ـ محكمة استئناف بورج، 4 آذار 1895، Dalloz الدوري 96، 2، صفحة 9.

غير أن الحقوق العينية التي يعطيها الغير الذي تصرف بالمال أو رهنه تبقى إلاّ أن يتم إثبات غش حائز هذا الحق على الأقل إذا اكتسب الملكية بعوض[1].

وذكّرت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 25 كانون الثاني 1983[2]، «بأن الدعوى البوليانية، التي لها طابع شخصي، لا يمكن أن تطال إلاّ فاعل الغش وشركاءه». واستنتجت من ذلك «أن شركة Onatra دائنة الرهن العقاري تجاه شركة SIGEC يجب أن تعتبر المكتسبة الثانية للملكية للأموال المرهونة، وأن الدعوى البوليانية لا يمكن أن تمتد مفاعيلها إلى شركة Onatra إلاّ أن تكون هذه الشركة، كما شركة SIGEC، شريكة في الغش».

كما حكمت في 9 آذار 1994[3]، استناداً إلى المبدإ ذاته، بأن لاحجية العمل الغشي لا يمكن أن تمتد إلى الدائن المتمع بامتياز من مكتسب ملكية المال مباشرة، بالنظر إلى المؤسسة المصرفية التي أعطته القرض، ذلك بأن هذا القرض لم يسترد.

وهكذا نرى أن الدعوى البوليانية ليست دعوى بطلان تجعل نقل الحقوق العينية بلا فعالية في أي فرضية كانت[4]. إنها عقوبة الغش مما يعطيها خاصيتها.

واللاّحجية عقب ممارسة الدعوى البوليانية تفترق هنا عن اللاّحجية الناجمة عن الإجراءات الجماعية التي يسوسها قانون 13 تموز 1967. ولها فعاليتها بصورة آلية ولا تتوقف على الغش الذي يرتكبه المدين أو أصحاب الحقوق بالنسبة إليه، ولاسيما مكتسب الملكية الثاني. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 كانون الأول 1985[5]، «بأن السيدة Dominici، عقب اللاّحجية تجاه مجموع الهبات التي استفادت منها، لم تتمكن من أن تنقل إلى .S.C.I أي حق يحتج به تجاه هذا المجموع». وفارق النظام واضح اليوم بحيث أن قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بإصلاح الإجراءات الجماعية عاقب

---

(1) انظر بالنسبة إلى رهن عقاري، محكمة استئناف أورليان، 10 شباط 1876، Dalloz الدوري 77، 2، صفحة 113 ـ محكمة استئناف ليموج، 16 أيار 1939، D.C. 1941، صفحة 139.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 25، صفحة 19؛ مجلة قصر العدل، 1983، 2، صفحة 405، تعليق A.PIÈDELIEVRE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 720، ملاحظة J.MESTRE. 9 آذار 1994، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة .G، IV، 1225. انظر بهذا المعنى النقض المدني، 25 تشرين الأول 1893، Dalloz الدوري 94، 1، صفحة 34. محكمة استئناف باريس، 10 آب 1898، Dalloz الدوري 99، 2، صفحة 485.

(3) مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة .G، II، 1225.

(4) انظر الرقم 460 السابق. وكذلك: حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 4 أيار 1973، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 225، الذي أظهر نزاعاً له مفعول رجعي في حالة ملفتة. كان قد بيع عقار لقاء ثمن مقابل دخل عمري. ثم باع الشاري هذا العقار لمكتسب ملكية ثانٍ. وبعد قليل أعلنت شركة كفيلة دين الشاري عن هذا التنازل غير القابل للاحتجاج به على أساس الدعوى البوليانية وسمح لها بتسجيل رهن عقاري على العقار. بيد أن الشاري الثاني لم يدفع الدخل العمري المتوجب للمالك الأصلي، فحصل هذا الأخير على تطبيق بند الإيفاء الوارد في البيع الأول. وأخذت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بأن المفعول الرجعي لهذا الإلغاء يسقط جميع الحقوق التي اكتسبتها الشركة الكفيلة لاحقاً.

(5) Dalloz 1986، صفحة 101، تعليق F.DERRIDA.

بالبطلان الأعمال التي تتم في الفترة المشبوهة.

2) دفع التعويض

500 ـ يمكن أن يفرض الغير هذا الدفع أو الظروف.

بما أن اللاّحجية محدودة بما هو ضروري للتعويض عن ضرر الدائن، فبإمكان الغير الاحتفاظ بالمال المتصرف به شرط إرضاء الدائن، ولا يستطيع هذا الدائن رفض الدفع[1].

وعندما يكون إرجاع المال إلى ذمة المدين المالية مستحيلاً لأنه تلف بخطإ مكتسب الملكية، أو لأنه جرى اكتساب الملكية من مشترٍ ثانٍ عن حسن نية، بإمكان الدائن مطالبة الغير مكتسب الملكية بالتعويض النقدي عن ضرره.

ب ـ نطاق التعويض.

501 ـ يتوقف هذا النطاق أولاً على حسن نية الغير.

وحسن النية هذا لا يمكن أن يكون موجوداً إلاّ في حالة اكتساب الملكية مجانا، ذلك بأن الدعوى البوليانية تتعذر ممارستها بفعالية ضد مكتسب الملكية بعوض عن حسن نية.

ولا يلزم الغير حسن النية إلاّ بمقدار إثرائه كما بقي في آونة ممارسة الدعوى. وهو يحتفظ بالثمار والفوائد المستوفاة وله الحق باسترداد نفقاته كاملة. وإذا باع الشيء فلا يتوجب عليه إلا رد الثمن الذي تلقاه[2].

وبالمقابل يلزم مكتسب الملكية السيىء النية برد الثمار والفوائد المستوفاة. ويسأل عن فقدان الشيء ولو كان ذلك بسبب حدث فجائي. وإذا باع المال فعليه رد ثمنه أو القيمة الحالية إذا كانت تفوق الثمن[3]

---

(1) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1086، صفحة 822 ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 614، صفحة 347 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1429 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 294، رقم 963 ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، النص والتعليقان 7 و 41 مكرر. وعلى عكس ذلك غرفة العرائض، 25 تشرين الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1937، 2، صفحة 893.

(2) F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1086، صفحة 821 وصفحة 822B.STARCK .، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 612، صفحة 346 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 184، صفحة 169 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 294، رقم 962.

(3) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الأولى، 19 نيسان 1967، 1، مجلة قصر العدل، 1967، صفحة 342، بالنسبة إلى موهوب له شريك في غش المدين وتنازل، فضلاً عن ذلك، «للغير عن ملك للتملص من الملاحقات».

بيد أن بإمكان الغير السيىء النية أن يتطلب أن تؤخذ في الحسبان القيمة التي قدمها مقابل المال، شرط أن تكون ما تزال موجودة في ذمة المدين المالية أو كانت تفيد دائنيه فتنقص هكذا من مطلوباته. وإلا فإن الرجوع عن العمل الغشي يتجاوز، بالفعل، التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن[1].

وذكّرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 13 شباط 1990[2]، في حكم نقض وبتعابير مبدئية، «بأن الغير الذي تطاله الدعوى البوليانية لا يمكنه أن يتطلب أن يؤخذ في الحسبان الثمن الذي دفعه للمدين إلاّ بمقدار ما يكون هذا الثمن قد أفاد الدائن المدعي».

جـ ـ علاقات الدائن المدعي بدائني الغير مكتسب الملكية.

502 ـ يجب أن لا يتحمل المدعي في الدعوى البوليانية اشتراك دائني مكتسب الملكية الشخصيين العاديين في الأموال التي ردها.

هذا ما حكمت به الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكمها بتاريخ 30 تموز 1951، بعد أن بينت أن «هؤلاء الدائنين ليس لهم حقوق أكثر من حقوق مورثهم على الأموال المعنية التي يجب أن تعتبر أنها غير موجودة إطلاقاً في رهنهم العام»[3].

غير أن بعض المؤلفين يأخذ بأنه إذا كان الدين ضد الغير مكتسب الملكية لا يتناول عيناً وإنما مبلغاً من المال، سواء أن يكون للغش موضوع كهذا، أو أن الاسترداد عيناً مستحيل، فإن الدائن المدعي الذي تقلص إلى دائن لمبلغ من العملة عليه أن يتحمل اشتراك الغير مكتسب الملكية[4].

والأمر مختلف بالنسبة إلى الدائنين الذين اكتسبوا مجاناً ملكية حق عيني من الغير مكتسب الملكية. فوضعهم يقارن بوضع الشاري الثاني: بإمكانهم الاحتجاج بحقهم في وجه الدائن شرط أن يكونوا حسني النية[5].

---

(1) غرفة العرائض، 9 حزيران 1873، Dalloz الدوري 73، 1، صفحة 411 ـ محكمة استئناف پو، 2 نيسان 1879، D.P. 81، 2، صفحة 73؛ Dalloz 82، 2، صفحة 145، تعليق J.-E. LABBÉ.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 29؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 116، رقم 6، ملاحظة J.MESTRE.

(3) Sirey 1952، 1، صفحة 87.

(4) انظر F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1087، صفحة 823 ـ G.RIPERT et J. BOULNAGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1428 ـ وعلى نقيض ذلك H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 1084، رقم 1007.

(5) انظر الرقم 489 السابق، وكذلك F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه.

II ـ مفعول الدعوى البوليانية النسبي

503 ـ العمل الغشي غير القابل للاحتجاج به في وجه الدائن المدعي يبقى قائماً في علاقات الغير بالمدين[1].

ونتيجة ذلك أن الدائن، ما أن يدفع له، وإذا بقي ثمة فائض، عليه أن يرجع على مكتسب الملكية. يضاف إلى ذلك أن هذا الأخير بإمكانه ممارسة المراجعة ضد المدين. إلاّ أن مراجعة كهذه، عندما تفرض الدعوى البوليانية عسر المدين، يخشى أن تكون ضعيفة النطاق[2].

إن إعادة المال إلى ذمة المدين المالية، في ما يتعلق بمجرد اللاّحجية، لا يمكن أن تفيد إلاّ الدائن الذي أقام الدعوى البوليانية والذين لا تتناولهم ملاحقاته. فهم لا يتحملون إذاً مشاركة الدائنين الآخرين[3]. وعرفت محكمة النقض، رغماً عن تردد قضاء الأساس[4]، كيف تؤكد هذا المبدأ غير مرة[5].

وتفترق الدعوى البوليانية هنا عن الدعوى غير المباشرة (action oblique) التي ليست

---

(1) انظر المادة 788، الفقرة 2، من القانون المدني في صدد العدول الغشي عن إرث. وكذلك النقض المدني، 7 أيار 1894 (التعليل)، Dalloz 94، 1، صفحة 505، Sirey 98، 1، صفحة 510 ـ محكمة استئناف باريس، 24 تموز 1928، Dalloz الأسبوعي 1928، صفحة 584.

(2) غرفة العرائض، 2 أيار 1899، 1900Dalloz، 1، صفحة 217. انظر حول أساس هذه المراجعة: الحلول لصالح من دفع دين الغير أو ضمان نزع اليد، Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 313، التعليق 38 وما يليه ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 536، رقم 1434. ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 185، صفحة 169، التعليق 3.

(3) انظر بهذا المعنى F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 1087، صفحة 823 ـ A.SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 223، صفحة 680 ـ A.BÉNABENT، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 641، صفحة 361 ـ G.MARTY, P.RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثانية، صفحة 169 وصفحة 170، رقم 186 ـ G.MARTY et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 535، رقم 1431. ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J.RADOUANT، صفحة 296، رقم 965 ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الخامسة، الفقرة 313، صفحة 235.

(4) انظر في اتجاه مفعول عام أو مطلق بصورة أقل: حكم محكمة استئناف تولوز 30 كانون الأول 1884، Sirey 86، 2، صفحة 93 ـ حكم محكمة استئناف بورج، 18 تموز 1892، Sirey 93، 2، صفحة 210؛ وفي الاتجاه عينه للمفعول النسبي: حكم محكمة استئناف بواتييه، 16 كانون الثاني 1862، Dalloz 65، 2، صفحة 79 ـ حكم محكمة استئناف بوردو، 2 تموز 1890، Dalloz 92، 2، صفحة 240؛ Sirey 91، 2، صفحة 9.

(5) النقض المدني، 4 كانون الأول 1923، Dalloz 1923، 1، صفحة 222؛ Sirey 1923، 1، صفحة 254. ـ غرفة العرائض، 28 آب 1871، Sirey 78، 1، صفحة 316، وكذلك النقض المدني، 7 أيار 1894، Dalloz 99، 1، صفحة 505. ـ 30 حزيران 1903، Dalloz 1904، 1، صفحة 623؛ Sirey 1904، 1، صفحة 130، عدم تسوية المسألة مباشرة.

سوى ممارسة الدائن للدعوى ذاتها التي تعود إلى المدين.

وكما حدد حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 22 أيار 1978[1]، لاستبعاد دعم يتمسك «بأن الدعوى البوليانية ليس لها مفعول سوى إعادة ذمة المدين المالية إلى وضعها السابق (. . .)، أن الدعوى التي يقيمها الدائن (. . .)، المدعي الوحيد في الدعوى البوليانية، مفعولها جعل العملية التي تمت غشاً للإضرار به غير محتج بها تجاهه وحده».

وفي الدعوى البوليانية يطلب الدائن التعويض عن الضرر الخاص به ويبرز غشاً كان ضحيته. والمفعول النسبي للدعوى البوليانية يستنتج أيضاً من الطابع الفردي للملاحقات في المادة المدنية. والدفع هو ثمن السعي. وتبتعد الدعوى البوليانية هنا عن التقليد الروماني الذي يجعل منها حدثاً للتصفية الجماعية لأموال المدين. وبإمكان الدائنين الحفاظ على حقوقهم بالتدخل في الدعوى. وتقبل محكمة النقض أن بإمكانهم فعل ذلك حتى توزيع الأموال المتأتية عن الرجوع حتى في قضية استئناف[2].

بيد أنه من غير الأكيد أن المفعول النسبي للدعوى البوليانية اعتبرته محكمة النقض دائماً كنتيجة منطقية للطبيعة القانونية لهذه الدعوى. وبالفعل يبدو أن محكمة النقض بنت، حتى حقبة حديثة، المفعول النسبي للدعوى البوليانية على مبدإ المفعول النسبي للشيء المحكوم فيه وحده[3].

إن حكماً صدر في 25 تشرين الأول 1937 عن غرفة العرائض في هذا الشأن له مدلوله[4]. فقد جرت مراجعة محكمة استئناف عن طريق دعوى بوليانية قدمها أحد الدائنين وحكمت ببطلان العمل المطعون فيه، وأعلنت إنتاج مفاعيله تجاه الفريقين في العمل. وتمسك الطعن «بأن الدعوى البوليانية لا تسمح بإبطال عمل ما إلاّ بشكل نسبي وبمقدار ما يكون ذلك ضرورياً لصون حقوق الدائنين، وإنما يبقيه بكامل قوته في العلاقات بين الفريقين المتعاقدين (. . .). واستبعدت غرفة العرائض سبب الدعم هذا بملاحظة أن الفريقين في العمل الغشي «موجودان في الدعوى، مما يستنتج منه أن إبطال العمل ينبغي أن ينتج مفاعيله تجاههما، ومفعول حكم قضائي يعلن البطلان استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 139، صفحة 119.

(2) محكمة استئناف بوردو، 15 حزيران 1951، Dalloz 1951، صفحة 498؛ Sirey 1952، 2، صفحة 78 - النقض التجاري، 5 نيسان 1954، النشرة المدنية، II، رقم 141. صفحة 105؛ Sirey 1954، 1، صفحة 192.

(3) انظر أسباب تسويغ النقض المدني في 4 كانون الأول 1923 المذكور سابقاً: «يبقى الدائنون أجانب عن الحكم الذي يعلن، تطبيقاً للمادة 1167 من القانون المدني، الرجوع عن عمل أقدم المدين عليه غشاً، وهم غير مقبولين لطلب الإفادة من هذا الحكم الذي ينحصر مفعوله، كسائر القرارات القضائية، بين الفريقين الداخلين في الدعوى أو الممثلين فيها». انظر في الاتجاه عينه حكم غرفة العرائض، 28 آب 1871، المذكور سابقاً.

(4) غرفة العرائض، 25 تشرين الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1937، 2، صفحة 893.

ينتج بالنسبة إلى الفرقاء جميعاً الذين كانوا في الدعوى أو كانوا ممثلين فيها».

وهكذا قبلت غرفة العرائض أن المفعول المبطل يطبق على فريقي العمل ذاتهما، لمجرد أنهما كانا في الدعوى. والفريقان هما دائماً مدعوان إلى القضية. ومبدأ المفعول النسبي للدعوى البوليانية، المؤكد اليوم في فقه إجماعي، الذي يبدو متوافقاً فعلياً مع طبيعة هذه الدعوى وهدفها، هو في تمانع مع حل كهذا.

ويبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض تبنت في النهاية في حكمها بتاريخ 22 أيار 1978[1] هذا الحل ببيان أن اللاّحجية لا يمكن أن تفيد سوى الدائن المدعي وحده الذي أقام الدعوى البوليانية.

وقد أخذ حكم الغرفة التجارية في 10 حزيران 1963[2]، بالمقابل، بمفعول ملفت ومقبول للمفعول النسبي للدعوى البوليانية تجاه دائني المدين الآخرين.

كان أحد المصارف قد فتح اعتماداً لشركة محدودة المسؤولية، وتلقى كضمان كفالة شركة مدنية عقارية. وبعد إعلان إفلاس الشركة المحددة المسؤولية تفاجأ المصرف باكتشاف أنها اندمجت مع شركة .S.C.I التي كفلتها.

وقد أخذت الغرفة التجارية بأن المصرف أصابه ضرر إذ وجد نفسه محروماً من ضمان كان موعوداً به. غير أن إفقار المدين الأصلي يمكن أن ينازع فيه طالما أن الدمج يدخل في الرهن العام للمصرف ذمة الكفيل المالية. بيد أن المفاعيل المعترف بها في هذه القضية للدعوى البوليانية هي التي تبدو بصورة خاصة منازعاً فيها: فالغرفة التجارية قبلت، بالفعل، أن الاندماج، تجاه المصرف وحده، كان باطلاً، ونتيجة ذلك إفلاته من اشتراك الدائنين الآخرين، الشركة المحدودة المسؤولية كما شركة .S.C.I. وأكدت بالتالي إدانة وكلاء التفليسة لأنهم دفعوا للمصرف مبلغ الدين من حاصل بيع العقارات الذي يشكل موجودات (أصول) شركة S.C.I. والمصرف، كما لاحظ السيد Lomblois، وجد نفسه هكذا في وضع أفضل كما لو أن الاندماج لم يحصل. وفي هذه الفرضية، بالفعل، لم يكن بإمكانه أن يحجز سوى الموجودات الصافية للكفيل، بدون الاستفادة من امتياز تجاه دائني هذا الكفيل. فقد أجيز له، بفعل الاندماج والدعوى البوليانية، حجز العقارات التي تشكل الموجودات غير الصافية للكفيل، بدون أن يتحمل اشتراك دائني هذا الكفيل المختلطين مع دائني المدين الأصلي، في مجموعة مشتركة. إن الحل متنازع فيه إلى حد كبير.

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 139، صفحة 119.

(2) Dalloz 1968، صفحة 116، تعليق Cl. LOMBLOIS.

القسم 3

الصورية

504 ـ التعريف.

تشكل الصورية ممارسة قديمة عُرفت في القانون الروماني[1] وهي عامة جداً[2]. وترتكز، على وجه العموم، على إنشاء ظاهر كاذب من أجل إخفاء الحقيقة. بيد أن المادة 1321 من القانون المدني، وهي النص الوحيد ذو المدى العام في هذه المادة، لا تتطرق إلاّ إلى شكل خاص للصورية. ينبغي أن تكون ثمة اتفاقية ظاهرية مفاعيلها معدلة أو ملغاة في اتفاقية أخرى معدّة إلى البقاء سرية تسمى الكتاب المضاد (أو المستند المضاد)[3].

وتنزع الصورية في أغلب الأحيان إلى إتاحة التحايل على القانون، ولا سيما التهرب من الضريبة، أو حقوق الغير، وعلى وجه الخصوص الدائنين أو الورثة. ولذلك يُنظر إليها بارتياب[4]. بيد أن الصورية يمكن أن يكون لها أيضاً هدف حيادي معنوياً، كهاجس التجار بعدم الكشف عن صفقاتهم لمنافسيهم، حتى محمود كالرغبة في عدم إظهار عمل بر، ولا يمكن إذاً، رغماً عن بعض نزعات الاجتهاد المعارضة، مماثلتها بالغش[5].

---

(1) N.KISLIAKOFF, La simulation en droit romain، أطروحة في باريس، 1965.

(2) انظر بالنسبة إلى القانون السويسري P.TERCIER et J.-F. DUCREST, La simulation, Commentaire du Code des obligations, dispositions générales, mise à jour 1er décembre 1988 ـ وبالنسبة إلى القانون المدني في كيبك، J.-L. BAUDOUIN, Les obligations، الطبعة الثالثة، 1989، رقم 416 وما يليه.

(3) يفسر تعبير «الكتاب المضاد» بسهولة عندما نعرف أن «الكتب» قديماً كانت تدل على «الأعمال العمومية» (كتب إبطال، وكتب براءة ملكية، الخ)؛ انظر Ch. DEMLOMBE, Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء VI، 1876، رقم 306، صفحة 271.

(4) J.CARBONNIER, Droit civil، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السادسة عشرة، 1992، الفقرة 86، صفحة 172.

(5) انظر حول التفريق والعلاقات بين الغش والصورية J.VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français، أطروحة في تولوز، 1957، ولاسيما صفحة 164، وما يليها وصفحة 183 وما يليها ـ =

ويمكن أن تتناول الصورية وجود العمل ذاته أو عناصره المكوّنة أو الفرقاء في العقد.

أ ـ العقود الوهمية

505 ـ أمثلة.

يمكن أن يتفق شخصان على أن يحملوا على الاعتقاد بوجود اتفاقية ليس في نيتهما عقدها في الحقيقة. على سبيل المثال ببيع مدين مهدد بالحجز من قبل دائنه ماله وهمياً أحد المتواطئين معه من أجل التملص من الملاحقات. ويثبت عقد سري أنه ما زال مالكاً هذا المال ويتيح له، بعد زوال الخطر، استعادة ما له.

ونجد الصورية أيضاً في شأن ما هو خارج الذمة المالية، فيمكن، مثلاً، عقد زواج صوري أو وهمي بهدف الحصول على تابعية (جنسية) معينة[1].

506 ـ الشركات الوهمية.

تطبق الصورية أيضاً في الشركات[2]. وهكذا يستطيع تاجر أو صناعي، بهدف تحديد مسؤوليته، تكوين شركة، فيتجنب هكذا أن يكون مسؤولاً عن كامل ذمته المالية، فيكون ذلك كما لو أنه مارس نشاطه باسمه الشخصي. وإذا كان شركاؤه مجرّد مسخّرين وليست لهم إرادة التعاون التي تميز نية المشاركة يعتبر أن صاحب العلاقة مارس في الحقيقة نشاطاً شخصياً بغطاء شركة وهمية[3]. وغالباً ما يتجسّد الكتاب المضاد بوعد بالتفرغ على بياض يكون المسخّرون قد أعطوه صاحب العمل[4]. وبالعكس يستطيع شركاء تحقيق حل وهمي للشركة، شركة أجنبية على سبيل المثال، كي يتاح للشريك الفرنسي الاستفادة من التشريع حول أضرار الحرب، في حين أن عقداً مستتراً يؤكد إرادتهم في البقاء شركاء[5].

= M.DAGOT, La simulation en droit privé، أطروحة في تولوز، منشورات .L.G.D.J، 1967، مقدمة P.HÉBRAUD، رقم 56 وما يليه.

(1) انظر الأسرة: تكوين الأسرة وحياتها، رقم 281 وما يليه. إضافة إلى M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 234 وما يليه، حول الصورية في قانون الأشخاص. ـ J.-D.BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1956، صفحة 273، رقم 21، حول الزواج الصوري.

(2) انظر P.ROUAST-BERTIER, Société fictive et simulation، المجلة الاجتماعية، 1993، صفحة 723 وما يليها ـ P.PIC, De la simulation dans les actes de société، Dalloz الأسبوعي 1935، العرض، صفحة 33 وما يليها.

(3) انظر بصورة خاصة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1970، Dalloz 1970، صفحة 479، تعليق C.POULAIN ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 أيار 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة .G، II، 8377. إضافة إلى P. ROUAST - BERTIER، المقالة المذكورة سابقاً، ولاسيما رقم 10 ورقم 11، صفحة 729 وما يليها.

(4) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66، رقم 77.

(5) النقض التجاري، 13 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 289، صفحة 273.

ويمكن أن يكون هدف تكوين شركة وهمية، أو نتيجتها في أي حال، استبعاد الأولاد من إرث والدهم الذي جرى نقل ذمته المالية إلى شركة وهمية مكوّنة بين أولاده الآخرين. وتتيح إعادة الشيء إلى حقيقته للأولاد المستبعدين العودة إلى إرث والدهم. وقد حكمت محكمة استئناف Douai، في 12 آذار 1980[1] أيضاً «بأن عدم وجود شركة Simenim لا يمكن إلاّ أن يؤدي إلى إرجاع الذمة المالية التي ارتبطت بها إلى إرث Louis-Vilain».

ب ـ تعديل عناصر العقد الأساسية

507 ـ يمكن أن يرتكز هذا التعديل إما على إخفاء طبيعة العقد القانونية وإما على تعديل محتواه.

508 ـ إخفاء طبيعة العقد القانونية.

العملية حقيقية هنا. إلاّ أن الفريقين سيجهدان في أن تكون بمنجى من النظام القانوني المقابل لوصفها السويّ. ولن يكتفيا من ذلك بإعطائها وصفاً كاذباً. سيبرمان عقداً ظاهرياً محتواه يتوافق مع الوصف الذي أرادا إعطاءه إياه. غير أن عقداً سرياً سيبين الحقيقة بإعطاء المجموعة مفاعيل قانونية أرادها الفريقان في الحقيقة. والتطبيق التقليدي الأكثر هو الهبات المستترة[2]. يبرم بيع، على سبيل المثال، ظاهره صحيح، بيد أن الاتفاق يتم على عدم دفع ثمنه. وهذه الهبات المستترة التي تفترض الصورية يجب تفريقها عن الهبات غير المباشرة أو اللاّشكلية، كالهبات الناتجة، مثلاً، عن نقل أسهم اسمية لشركة مغفلة عن طريق مجرد جدول نقل[3].

على أن الإخفاء يمكن أن يتناول أي نوع من العقود.

وهكذا جرى الحكم بأن ثمة صورية عندما يقوم الفريقان، لأجل التملص من أحكام خاصة تسوس بيع المؤسسة التجارية، باستبدال التفرغ عن كامل الحصص في الشركة التي تستثمر هذه المؤسسة بعملية البيع هذه[4].

---

(1) H.Vilain ضد Simenin والرفاق Vilain، حكم غير منشور.

(2) انظر: H.MÉAU-LAUTOUR, La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation، منشورات L.G.D.J.، 1985، مقدمة P.RAYNAUD.

(3) انظر M.DAGOT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تشرين الثاني 1976، مصنف الاجتهادات الدوري، 1978، الطبعة G.، II، 18871؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، صفحة 415، ملاحظة R.SAVATIER. يبين هذا الحكم «أن هبة مستترة ليست بالضرورة، بسبب شكلها، معفاة من الردة للتركة. انظر حول التفريق بين الهبات المستترة وغير المباشرة، Ph. MALAURIE. et L.AYNÈS, Les succetions - Les libéralités، الطبعة الثانية، 1993، رقم 413، صفحة 233.

(4) النقض التجاري، 4 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 5 ـ 29 تشرين الثاني 1971، المجلة الاجتماعية، 1972، صفحة 703، تعليق B.OPPETIT الناقد. ـ 12 كانون الأول 1972، المجلة الاجتماعية، 1973، صفحة 306، تعليق B.OPPETIT الناقد. بالإضافة إلى النقض التجاري، 13 حزيران =

وفي أي حال، عندما تكون الشركة وهمية، يشكل التفرغ عن الحصص في الشركة بيع المال ذاته المستثمر سابقاً. وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1980، «بأن محكمة الاستئناف، بعد أن بينت أن Pril اتخذ جميع القرارات الضرورية لإدارة شركة Suna تبعاً لمصالحه وحدها ومصالح أسرته، واهتم وحده بأعمال الشركة بدون إشراك أحد حتى أنه «هيمن» وفقاً لما يريد على تأليف الإدارة، ثم مجلس إدارة الشركة، (. . .)، تمكنت من الاستنتاج من ذلك أن Pril كان المستثمر الوحيد للمؤسسة التجارية بغطاء شركة Suna الوهمية الصرف وأن الوعد بالتفرغ عن الحصص في هذه الشركة غطى وعداً ببيع المؤسسة التجارية، وبالتبعية قطعة الأرض المخصصة لاستثماره»[1].

بيد أنه لا يمكن الأخذ بالصورية إلاّ أن تكون متوافقة فعلياً مع نية الفرقاء المشتركة التي يستنتجها بسيادة قضاة الأساس من تحليل الاشتراطات الحقيقية للعقد[2].

509 ـ تعديل محتوى العقد.

بإمكان الفرقاء أن يعدلوا بعقد سري اقتصاد العقد الظاهري، كما أن باستطاعتهم حصر موضوعَ هذا الموجب أو ذاك الوارد في العقد الجليّ أو زيادته. والتطبيق الأكثر تواتراً هو كتمان أحد الفريقين الثمن في البيع من أجل تجنب استيفاء ضريبي[3]. إن ثمناً وهمياً يستخدم مثلاً، بفضل الاعتراف بدين متلازم، لكتمان قسم من ثمن أحد العقارات[4].

ويمكن أن تتناول الصورية أيضاً سبب العقد. يعمل أحد المستخدِمين مثلاً على جعل

= 1977، 1977 Dalloz، صفحة 448 من التقرير، ملاحظة J.-C.BOUSQUET. 19 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، الطبعة G.، II، 17134، تعليق Y.GUYON. انظر B.OPPETIT, La cession de droits sociaux comportant le transfert du contrôle d'une société، المجلة الاجتماعية، 1978، صفحة 631، وما يليها ولا سيما حول إعادة وصف التفرغات الأكثرية، صفحة 634 وما يليها، رقم 7 وما يليه. انظر حول هدف تحويل المنع القانوني لعقد الاستيلاء على الشيء المرتهن وفاء للدين، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1969، النشرة المدنية، I، رقم 171، صفحة 139. ـ النقض المدني، 4 تموز 1957، النشرة المدنية، I، رقم 307، صفحة 245.

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 358، صفحة 288.

(2) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 267، صفحة 220؛ Dalloz-Sirey 1979، صفحة 360 من التقرير، رد طعن يأخذ على محكمة استئناف Rennes (30 تشرين الثاني 1976، Dalloz 1978، صفحة 168 من التقرير، ملاحظة M.VASSEUR). لأنها رفضت إعادة وصف كبيع بالائتمان عملية تتضمن حسب تفسيرها السيد عناصر أساسية للبيع في صورة إيجار (أو إجارة بيعية). حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1977، النشرة المدنية، III، رقم 220، صفحة 168، الذي لاحظ، بعد أن أعلن «أن اتفاقيات الإشغال الموقت هي خارج حقل تطبيق مرسوم 30 أيلول 1953، إلاّ أن تشكل إيجارات مستترة ولا تحقق هكذا غِشاً معداً لعدم تطبيق الأحكام الآمرة للنظام»، أن الاتفاقية المنازع فيها كانت متوافقة مع إرادة الفريقين المشتركة التي كانت «إعطاء إشغال الأماكن طابع العرضية وإمكانية الرجوع عنه».

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 242، صفحة 202.

مستخدَم غير نزيه يوقع على اعتراف بدين قرض في حين أن هناك اختلاساً للأموال. كما يمكن أن يتعلق بالتاريخ الذي يتم تقديمه أو تسبيقه[1]. وهذا الأسلوب يمكن أن يتيح بصورة خاصة تسبيق سن رشد أحد الموقعين.

ج ـ تسخير الأشخاص

510 ـ يقضي أسلوب آخر للصورية باستبدال شخص ثالث بالشخص الذي يهمه العقد في الحقيقة.

يكون العقد إذاً وكالة تثبت أن الشخص الوارد في العمل الجليّ ظاهرياً كمتعاقد لم يكن في الحقيقة سوى ممثل. فتتحقق مفاعيل العقد الظاهري، بموجب العقد المستتر، في ذمة الممثل المالية، مع أن اسمه هو اسم وكيل[2].

وقد ذكّرت محكمة استئناف باريس، في حكم 6 كانون الأول 1989[3]، بالتفريق بين المسخَّر وضامن موافقة الغير بهذه العبارات: «من حيث أن اتفاقية التسخير لا يمكن أن تختلط باتفاقية ضمان موافقة الغير التي يلتزم فيها أحد المتعاقدين تجاه الآخر بالحصول على موافقة الغير على الاتفاقية المعقودة، واتفاقية التسخير هي اتفاقية يتعهد فيها أحد الأشخاص تجاه الآخر باكتساب ملكية مال كما لنفسه، وفي الحقيقة باكتساب هذه الملكية من قبل الفريق الآخر، بالتعهد بتفرغ رجعي عنه بعد إتمام البيع». وينتج عن ذلك بصورة خاصة أن المسخَّر، بخلاف من يضمن موافقة الغير، ليس عليه أن يذكر اسم الغير الذي سيستفيد في النهاية من مفاعيل العقد أو يتحملها.

ويمكن أن تمارس دعوى أمام القضاء بصفة مسخَّر لحائز الدعوى الحقيقي، المؤمِّن على سبل المثال بعد أن استوفى التعويض وسلّم وصلاً حلولياً لصالح المؤمَّن ينزع عنه أي مصلحة شخصية في المقاضاة للتعويض ضد فاعل الضرر[4].

وقد ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 16 شباط 1983[5]، طعناً ببيان «أن عقد التسخّر هو عقد يتعهد فيه أحد الأشخاص بأن يتقدم تجاه الغير بصفة حائز حق

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1980، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39، الذي تحقق من «أن التنافر المتثبت منه كان يشكل عنصراً داخلياً في الوصية المتنازع فيها ويتيح الشك في صدق التاريخ المذكور كتاريخ للوصية». انظر أيضاً M.GRIMALDI, Le date du testament olographe، Dalloz-Sirey 1984، صفحة 253 وما يليها من العرض.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1972، النشرة المدنية، III، رقم 595، صفة 425.

(3) Dollez-Sirey 1990، صفحة 2 من التقرير؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 269، رقم 3، ملاحظة J.MESTRE.

(4) انظر بهذا المعنى (التعليل) النقض المدني، 8 شباط 1983، النشرة المدنية، I، رقم 50، صفحة 43.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 65، صفحة 56.

يعود لشريكه في التعاقد الذي يبقى هكذا، وحسب التعريف، مجهولاً من الغير، مما ينتج عنه أن محكمة الاستئناف لم يكن عليها أن تقرر أن الدلاّل (أو المثمن) في بيع بالمزاد العلني العمومي يجب أن يعتبر مسخرّاً للبائع وبذلك ملزماً بموجبات البائع، بدون التحقق من أن المسخّر تصرف تجاه الغير لحسابه الخاص، وأن الدلاّل رفض أن يبوح للسيد Chapuis باسم البائع». وقد حكمت محكمة النقض، ما دام أن الدلاّلين «لم يبينوا في الوقت المناسب للمزايدة اسم البائع ولم يعطوه جميع المعلومات للدفاع عن حقوقه»، فإن محكمة الاستئناف «استنتجت بصواب أنهم يجب، تجاه مكتسب الملكية، أن يعاملوا كمسخرين، بدون أن يتوجب عليها البحث عما إذا كانت شروط عقد التسخير مجتمعة». إن الدلاّلين هم هنا مماثلون بالمسخّرين بصفة معاقبة مسلكهم الخاطىء والمؤدي إلى الإضرار بمكتسب الملكية مع أنهم لم يتصرفوا بشكل ظاهر باسمهم الخاص وإنما باسم البائع المجهول وحسب. كما لوحظ[1] «أن الواقع ذاته لإبرام العقد هو (...)، بالنسبة إلى غير المتعاقدين، مصدر مسؤولية مدنية بدون أن يكون بإمكان هذا الغير الاختباء هنا وراء تقنية التمثيل. فمبدأ الاستبدال الذي يتضمنه هذا التمثيل لا يمكن، بالفعل، أن يخفي كلياً الدور الذي قام به هذا الغير في تكوين العقد وبالتالي محو الخطإ الذي يمكن أن يكون قد ارتكبه. والأمر على هذا النحو بالأحرى عندما يكون هذا الغير، مع بقائه قانوناً مجرد ممثل، قد اختار مع ذلك تقنيع هذه الصفة بقيامه بدور المسخّر (...)، وهو وصف ينبغي ولا ريب أن يكون أيضاً منسوباً إلى الدلاّل الذي لم يكشف في النهاية للملتزم اسم البائع».

511 ـ تسخير الأشخاص يمكن أن يتم بموافقة الفريق الآخر، أو بلا علمه.

يستخدم هذا التسخير بموافقة الفريق الآخر على العقد الظاهري عملياً للتملص من منع التعاقد الذي ينص عليه القانون بين شخصين محددين. ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بالتحايل على لاأهلية العطاء والتلقي[2] فالقانون يسنّ في هذه الحالة بعض قرائن التسخير (المادة 911، الفقرة 2، والمادة 1000، من القانون المدني).

وتسخير الأشخاص يمكن أيضاً أن يحصل بلا علم الفريق الآخر في العقد الظاهري. وهكذا يمكن أن يخشى أحد الأشخاص الراغب في ضمان ملكيته باكتساب ملكية قطعة أرض مجاورة أن تفرض عليه شروط ليست في صالحه، فبإمكانه تحقيق الملكية بواسطة مسخرّ ينقل

---

(1) J.MESTRE، ملاحظة في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 268.

(2) يمكن استخدام تسخير الأشخاص أيضاً لغايات معقدة. وهكذا يمكن إخفاء قرض ربوي عن طريق الاكتتاب بأسهم إحدى الشركات المدنية العقارية حيث يتحقق ذلك وهمياً عن طريق المقرضين كمسخرين للمقترض المنشط العقاري. وتنتج الصورية عن غياب نية المشاركة وشروط أسدية تضمن للشركاء المزعومين تسديداً سريعاً مع زيادة فائدة كبيرة تحدد سلفاً بغض النظر عن نتائج الشركة: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1972، النشرة المدنية، I، رقم 280، صفحة 247. إضافة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 آذار 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 70، صفحة 61، بالنسبة إلى اتفاقية مبرمة عن طريق مسخّر من قبل مدير شركة بدون إذن مسبق من مجلس الإدارة.

إليه بعد ذلك الاستفادة بتنفيذ وكالة سرية.

وجرى اقتراح حفظ وصف المسخّر لهذا الشكل من تسخير الأشخاص[1]. ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض استخدمت، في 11 شباط 1976[2]، هذا التفريق لرد طعن يأخذ على قضاة الاستئناف أنهم اعتبروا عقد البيع صورياً «بدون التحقق من اشتراك البائعين في الصورية». ولاحظت بالفعل «أن تعبير الصورية يمكن تطبيقه إمّا على الصورية الاتفاقية، وإمّا على المسخّر، وأن محكمة الاستئناف لم تبرز الصورية إلاّ بهذا المعنى الذي حددته بدقة بأن السيدة Arnoux لم تكن مسخرّة لابنها Jean Arnoux، مما يستبعد ضرورة اتفاق البائعين». ينبغي إذاً الكلام على الصورية الاتفاقية عندما يشارك الفريق الآخر في استخدام مسخرّ.

بيد أن هذا التفريق لا يتوافق مع اللغة الشائعة ولا مع التطبيق القضائي للقانون. يضاف إلى ذلك أن معيار التفريق ليس محدداً بشكل موحد. ويبدو إذاً من المفضل استبعاد هذا الفارق في الوصف مع بيان التفريق الأساسي بين شكلي تسخير الأشخاص[3].

«لا تسوس العلاقات بين المسخّر والوكيل القواعد المتعلقة بموجبات الوكيل والموكل»، بحيث أن مسؤولية المسخّر تجاه الموكل لا يمكن الأخذ بها إلاّ أن يكون قد ارتكب أحد الأخطاء تجاه الموكل[4].

ولا تحدد المادة 1321 من القانون المدني إلاّ مفاعيل الصورية، مما يدعو إلى الانطلاق من هذه المفاعيل لكي يتم بعد ذلك بيان كيف يتم إعمالها.

---

(1) انظر G.MARTY et P.RAYNAUD, Les obligations، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 300، صفحة 312. ـ H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، 1991، تأليف F.CHABAS، رقم 807، صفحة 935 ـ J.-D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 14، صفحة 268 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، الطبعة الثانية، 1952، تأليف P.ESMEIN، رقم 333، صفحة 428، التعليق 2 ـ قارن بـ A.SÉRIAUX, Droit des obligations، 1982، رقم 35، صفحة 141.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 64، صفحة 51؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، IV، صفحة 119 ـ انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 تموز 1978، النشرة المدنية، I، رقم 260، صفحة 204.

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 117، صفحة 109. وكذلك G.RIPERT et J.BOULANGER, Traité de droit civil، الجزء II، 1957، رقم 593 ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LECQUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 518، صفحة 393 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، العقود المدنية، الطبعة الثانية، تأليف R SAVATIER، رقم 1505، صفحة 957 ـ J.CARBONNIER، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 84، صفحة 169.

(4) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1971، Dalloz 1972، صفحة 248؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 795، ملاحظة G.CORNU.

الفقرة 1 ـ مفاعيل الصورية

512 ـ يسيطر على مفاعيل الصورية التنسيق بين الحرية العقلية ونظرية الظاهر.

يفرض المبدأ الأول مراعاة إرادة الفريقين الحقيقية، أي العمل الظاهر كما جرى تعديله أو إلغاؤه بالعقد السري[1]. ويجيز المبدأ الثاني للغير حسن النية التمسك بالعقد الظاهر وحده وإعلان العقد السري غير محتج به ضده. على أن الشروط السويّة لفعالية الظاهر مخففة هنا لاعتبار أن هذا الظاهر أنشأه المتظاهرون إرادياً. ويترجم مفهوم الغش التحتي هنا تأثيره[2].

وحسب المادة 1321 من القانون المدني «لا يمكن أن يكون للكتب المضادة مفعولها إلاّ بين الفريقين المتعاقدين؛ وليس لها مفعول ضد الغير». وهذا النص يدعوا إلى التفريق بين الفريقين والغير. والتفريق منطقي لأن الصورية موجهة، بصورة خاصة، ضد الغير.

I ـ مفاعيل الصورية بين الفريقين

513 ـ المبدأ هو مبدأ حياد الصورية. غير أن القانون، في بعض الحالات الخاصة التي لها أهمية عملية كبيرة، وكذلك الاجتهاد يعطيان الصورية تأثيراً في صحة العقد.

أ ـ حياد مبدأ الصورية.

514 ـ حياد الصورية يمكن التعبير عنه في الاقتراحين التاليين: لا تجعل الصورية باطلاً ما هو صحيح، ولا تجعل صحيحاً ما هو باطل.

1) الصورة لا تجعل باطلاً ما هو صحيح.

515 ـ يرتبط الفريقان المتعاقدان بما أراداه بالفعل، أي بالعقد الظاهري كما هو معدل أو مقوّض بالعقد السري.

هذا الحل مجرد تطبيق للمادة 1134 من القانون المدني. يضاف إلى ذلك أن المادة 1321 من القانون المدني تفترض صحة الكتاب المضاد، وفي الوقت عينه المجموعة التي يكونها هذا الكتاب والعقد الظاهري.

كما أن المادة 911، الفقرة 1، والمادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، واليوم المادة 1840 من القانون العام للضرائب، التي تعاقب بالبطلان بعض عقود الصورية، تجيز

---

(1) M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، صفحة 430، رقم 335.

(2) انظر H.L. et J.MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 810، صفحة 936، ورقم 829، صفحة 946 ـ M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 15 وصفحة 16.

التفكير في أن هذه الصورية، استدلالاً بالضد، من حيث المبدأ، هي بدون مفعول في صحة العقد[1].

وقد بينت الغرفة التجارية في محكمة النقض بدقة، في 19 شباط 1979[2]، «أن المادة 1840 من القانون العام للضرائب لا تعاقب الاتفاقية التي تحقق الصورية طابعها الحقيقي، وإنما فقط الاتفاقية التي تتناول كتمان ثمن البيع أو قسماً منه». وقد نقضت بالتالي لانتهاك هذا النص حكماً ظن أن عليه، على أساسه، إبطال اتفاقية بملاحظة «أن الموجبات التي يلقيها العقد على عاتق الزوجين Leclercq كانت تشكل مؤشرات أكيدة على أن العقد، في ظل ظواهر إجارة إدارية، كان يحوي في الحقيقة إدارة بيعية مستترة».

وقد رأينا، بالنظر إلى القانون الذي ينشده الفريقان، المناداة ببطلان مبدئي للعقود الصورية لتغليب المصلحة العامة ومعاقبة الخطإ الذي تغطيه في الغالب حتى لتداركه[3]. بيد أن القاعدة هي أن الخطأ لا يمكن افتراضه[4]. يضاف إلى ذلك أنه من المناسب عدم السماح للفريقين بتجاوز الثقة المتوجبة للعقد إلاّ أن تكون المصلحة العامة تفرض ذلك إلزامياً. واللاّحجية ضد الغير تظهر هكذا كمعاقبة مبدئية أكثر ملاءمة[5].

وذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض أيضاً، في 11 تموز 1979[6]، «بأن الصورية ليست في ذاتها سبب بطلان العقد الذي هو موضوعها»، ويقبل الاجتهاد بشكل مستقر أن الفريقين مرتبطان بالكتاب المضاد[7].

وقد أخذت الغرفة التجارية، مثلاً، في 10 حزيران 1974[8]، بأنه ينبغي تطبيق «عقد

---

(1) انظر J.-D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 363 وصفحة 364.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 69، صفحة 51؛ Dalloz 1979، صفحة 320 من التقرير.

(3) انظر J.CARBONNIER، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 87، صفحة 173 ـ Ph.MALAURIE et L. AYNÈS، الموجبات، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 623، صفحة 341.

(4) انظر J.VIDAL, Essai d'une théorie générale de la fraude، أطروحة في تولوز، 1957، صفحة 437 وما يليها.

(5) H.L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS رقم 813، صفحة 937 ـ J.FLOUR et J.L. AUBERT, Les obligations، الجزء I، العمل القانوني، الطبعة الخامسة، 1991، رقم 380، صفحة 317 ـ M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 170 إلى 172، الصفحات 172 إلى 174، ولاسيما صفحة 172 في شأن القانون المقارن.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 209، صفحة 168.

(7) انظر بصورة خاصة حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 شباط 1962، النشرة المدنية، IV، رقم 218، صفحة 157. ـ 25 شباط 1955، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 141 ـ حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1891، Dalloz الدوري 92، 1، صفحة 159؛ S. 94، 1، صفحة 78 ـ محكمة استئناف باريس، 17 تشرين الثاني 1892، Dalloz 93، صفحة 500 ـ النقض المدني، 13 آب 1817، 17 S.، 1، صفحة 383 ـ 7 فريمير العام XIII، S. 05، 1، صفحة 474.

(8) النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 148.

غير مؤرخ ولا مسجل» يبين أن «التفرغ عن حصص وسمية ليس سوى انعكاس الاتفاق الموجود الذي يربط الفريقين وحده».

كما بينت أيضاً، في 12 كانون الأول 1978[1]، «أن الفريقين، في ظل ظواهر عقد شركة، كانا يتوخيان إبرام عقد قرض» لتستنتج من ذلك صحة شرط يفرض تسديد التقديمات، «سواء إذا انهارت الشركة أو ازدهرت» ويشكل «وعداً أسدياً». وكان هذا الشرط الباطل في عقد شركة صحيحاً عندما يثبت وصفاً قانونياً حقيقياً للعملية.

وفي تفرغ عن أسهم تعهد فيه مكتسب الملكية بإبرام عقد عمل للمتفرغ لمدة غيرمحدودة، يؤمن له دخلاً شهرياً معيناً، حكمت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 21 كانون الثاني 1981[2]، بأن للمتفرغ فعلياً الحق في هذه المكافأة مع أنه لم يقم أبداً بتقديم أقل عمل، ذلك بأن المقابل الحقيقي، في ذهن الفريقين وفي غياب أي ثمن للمتفرغ عن الأسهم، للتسديدات يكمن في هذا التفرغ.

كما أنها أخذت دائماً، رغماً عن بعض التحفظات الفقهية، بصحة السندات التي كان سببها صورياً[3].

وطرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 تشرين الأول 1975[4]، استناداً إلى المادة 1321 من القانون المدني، «أنه ينجم عن هذا النص ان الصورية ليست بحد ذاتها سبباً لبطلان العقد الذي هو موضوعها». ولاحظت «الإعلان عقد اعترفت فيه السيدة Aymard بأنها مدينة تجاه Guibert بمبلغ 100000 فرنك باطلاً، إن الحكم المطعون فيه أورد «بأنه يكفي، لقبول أن هذا الاعتراف يعتبر نصاً مستتراً، التحقق من أن هذا الاعتراف بالدين هو بدون سبب ولا يمكن أن يكون له أي مفعول، وذلك تطبيقاً للمادة 1121 من

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 306، صفحة 252.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1981، النشرة المدنية، V، رقم 52، صفحة 37.

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 179، صفحة 180، والاجتهاد المستشهد به ـ حكم غرفة العرائض، 9 شباط 1879، Dalloz 80، 1، صفحة 197؛ S. 81، 1، صفحة 21. ـ حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1891، Dalloz 92، 1، صفحة 151 ـ حكم غرفة العرائض، 3 نيسان 1905. ـ Dalloz 1905، الموجز، صفحة 8 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 حزيران 1958، النشرة المدنية، III، رقم 285، صفحة 235 ـ حكم محكمة استئناف ينم، 27 شباط 1979، Dalloz 1979، صفحة 279 من التقرير، ملاحظة M.CABRILLAC، الحكم بأن شرطاً صورياً، في السندات التجارية المبنية على أوضاع أشغال وهمية من أجل تسوية إيجار معدات للغير، لا يجعل التعهد باطلاً عندما لا يكون غير مشروع.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 291، صفحة 243. انظر كذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1961، النشرة المدنية، I، رقم 553، صفحة 440، الذي نقض لنقص الأساس القانوني حكماً أبطل لغياب السبب سنداً بدون البحث عما إذا كان هذا التعهد الذي لا يبين سببه ولا طبيعته يجب أن يعتبر، كتقديم بدون مقابل، أنه يقدم للمرسل إليه هبة غير مباشرة.

القانون المدني». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، بالحكم استناداً إلى أسباب التسويغ هذه، في حين أن الاعتراف المنازع فيه، لو كان صورياً، لم يكن كذبه الظاهري ليؤدي بالضرورة إلى بطلان الموجب الذي تعاقدت عليه السيدة Aymard ولم يكن ليمنع بالضرورة الاعتراف لهذا التعهد بطابع تبرع مستتر، انتهكت» المادة 1321 من القانون المدني.

2) الصورية لا تجعل ما هو باطل صحيحاً

516 ـ يجب أن يكون الكتاب المضاد بحد ذاته عقداً صحيحاً.

ليس بإمكان الصورية، ولا سيما إذا كان رضا أحد الفريقين مشوباً بالعيب أو كان السبب غير مشروع أو غير أخلاقي، أن تضفي على العقد الصحة التي ليست له. يمكن أن نفعل سراً ما يحق لنا فعله علناً وليس أكثر من ذلك. والفقه[1] والاجتهاد متفقان حول هذه النقطة[2].

على أن القاعدة مستبعدة بالنسبة إلى شروط شكل الهبات[3].

517 ـ ينبغي أن لا تكون الصورية أداة تحايل على القانون.

هذا ما يستخرج من سلسلة أحكام صادرة عن مختلف غرف محكمة النقض.

فقد بينت الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، في 7 تشرين الثاني 1974[4]، «أنه لم يكن يوجد رباط تبعية بين شركة Tecna الجديدة و Delard وأن عقد العمل الذي يتمسك به هذا الأخير لم يكن سوى ظاهري وأن الأمر يتعلق بإخراج منظم من قبله للوصول إلى غاياته» لتسويغ رد طلب دفع علاوة للعمال المحرومين من العمل.

وبينت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 22 حزيران 1976[5] «أن Paul

---

(1) انظر على وجه الخصوص F.TERRÉ, Ph. SIMILER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 522، صفحة 395 ـ Ph.MALAURIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 626، صفحة 343 ـ J.FLOUR et J.-L. AUBERT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، تأليف J.-L. AUBERT، رقم 383، صفحة 318 ـ B.STARCK, Obligations، الجزء II، العقد، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 978، صفحة 413. ـ Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات ـ العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 767، صفحة 821 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، رقم 335، صفحة 431.

(2) انظر على وجه الخصوص النقض المدني، 3 تشرين الثاني 1930، Dalloz الأسبوعي 1930، صفحة 603 ـ حكم غرفة العرائض، 30 حزيران 1895، 96، 1، صفحة 353 ـ 12 أيار 1885، Dalloz 86، 1، صفحة 475؛ Sirey 85، 1، صفحة 440. ـ 14 حزيران 1869، Dalloz 73، 1، صفحة 158؛ Sirey 69 69، 1، صفحة 371. ـ 2 تموز 1856، Dalloz 56، 1، صفحة 427.

(3) انظر الرقم 519 اللاحق.

(4) النشرة المدنية V، رقم 534، صفحة 502.

(5) Dalloz 1977، صفحة 619، تعليق P.DIENER.

Lamure لم يكن أبداً حامل حصص الشركة المحدودة المسؤولية Nord-immobilier، وأن السيدات Buctas و Alphazan و Margat و Megge اعترفن بأنهن لم تكن لديهن في الأصل نية المشاركة الضرورية في شركة ما، وأن الشركة المحدودة المسؤولية Nord - immobilier بالتالي تبدو أنها لم تكن موجودة على الإطلاق». وحكمت بأن محكمة الاستئناف «استنتجت بصواب (. . .) جميع نتائج التحايل على قانون من الانتظام العام الذي يمكن أن يتمسك به الفرقاء جميعاً لبيان ما كانت عليه مشاركتهم في هذا التحايل».

ونقضت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 13 كانون الثاني 1981[1]، حكماً قبل صحة اتفاقية تعدل بشكل خفي، لأنها لم تودع في المركز الوطني للسينما، توزيع الإيرادات المقابلة للإنتاج المشترك للشريط السينمائي مع شركة ألمانية. وفي عرف محكمة النقض «بالحكم على هذا النحو، بدون البحث عما إذا كانت أحكام الاتفاقية المودعة في 11 تموز 1968 قد سمحت وحدها بالحصول على المساعدة العمومية التي لم تكن اتفاقية 21 آذار 1968، رغماً عن إيداعها النظامي، ولا الاتفاقية المستترة في 17 تموز التالي، تسمحان بالحصول على المساعدة، وبدون البحث أيضاً عما إذا كان توزيع الإيرادات المنصوص عليه في هاتين الاتفاقيتين كان مفعوله تحويل هذه المساعدة عن التخصيص الذي حدده القانون، مما يؤدي، بالتنكر لقواعد الانتظام العام، إلى بطلان الاتفاقيتين المنازع فيهما المطلق».

وحكمت هذه الغرفة ذاتها، في 31 كانون الثاني 1989، بأن فعل شركة ائتمان باللجوء، بالاتفاق مع الفريق الآخر، «إلى بيع وهمي لتتوفر لها إمكانية تكوين رهن بدون نزع اليد عن المركبة، كضمان للقرض»، يشكل احتيالاً على أحكام مرسوم 30 أيلول 1953 المتعلق ببيع سيارات بالائتمان[2].

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 9 تشرين الأول 1978[3]، حكماً قبل طلب تسديد التقويمات والعقوبات الضريبية بكاملها الذي قدمه ضد الشاري بائع قطعة أرض معدّة للفرز بموجب عقد مبرم ليبقى مستتراً، وبمقتضاه أخذ الشاري على عاتقه «المسؤولية الكاملة» ولاسيما «المسؤولية الضريبية» عن العملية». وفي عرف محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، مع بيان أن Cianca»، البائع، «اشترك في كتمان البيع الذي أجراه مع Andonian، وهذا الكتمان سبب الضرر الذي يدعي أنه أصابه بمقاومة إعلانه»، لم «تستخرج من تحققاتها النتائج القانونية الناجمة عنها». ويبدو أنه ينتج عن هذا الحكم غير المجرد من الالتباس، أن الاتفاقية التي تضع على عاتق أحد الفريقين في الغش الضريبي المسؤولية الناجمة عن ذلك، مقبولة حتى بين الفريقين. والحل مسوّغ على أساس الشرط غير المشروع لاتفاق كهذا هدفه تسهيل التهرب من الضريبة وبالتالي هو مخالف

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 7.

(2) المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 531، رقم 4، ملاحظة J.MESTRE.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 217، صفحة 183.

للانتظام العام. ومن المفيد بيان أن هذا الحل يفترض، حسب هذا الحكم، أن يكون البائع قد اشترك في الكتمان. والهدف غير المشروع متابع هنا بالاشتراك بين الفريقين. ومن المعروف أن الدافع غير المشروع أو اللاأخلاقي، في عقود المعاوضة، ينبغي أن يكون معروفاً من الفريقين لتسويغ الإبطال استناداً إلى المادة 1131 من القانون المدني[1].

518 ـ يجب أن لا تكون الصورية أداة غش للإضرار بالغير.

يمكن أن ينتج غش كهذا، على سبيل المثال، عن تسخير الإشخاص. ففي 2 حزيران 1975، حكمت الغرفة التجارية لصالح شخص حصل على حكم قضائي نهائي يدين شركة النقل Segondat بأن تدفع له 5% من ثمن النقل الذي نفذه لشركة الأجبان Grosjean أخوان ما دام اتفاق النقل قائماً بين الشركتين. وقبلت أن لا تكون «الصورية» المحققة عن طريق تسخير وسيط تجاري، هو Bistuer؛ بعد الفسخ الظاهري لاتفاق النقل، محتجاً بها تجاهه، طالما «أن تسخير Bistuer بين شركتي Segondat و Grosjean كان صورياً في القضية الراهنة ولا يشكل سوى ظاهر صرف» جرى خلقه لعدم دفع العائدات المستحقة[2].

ولا يمكن أن تكون الصورية أيضاً أداة غش ضد دائني أحد الفريقين بإخراج أموال من ذمته المالية وهمياً تشكل رهنهم، فتنزع إذ ذاك إلى الاختلاط بالغش البولياني الذي تفترق عنه بالطابع الوهمي للعقد[3].

وحكمت الغرفة الجنائية على الصعيد الجزائي، في 12 كانون الأول 1977[4]، بأنه إذا كانت البيانات الكاذبة التي اعتقد الفريقان بإمكانية إدخالها في العقد ليست بالضرورة معاقباً عليها كصورية، فالأمر خلاف ذلك عندما تكون هذه البيانات الكاذبة مركزة مع النية المذنبة في خداع الغير والتسبب بضرره الاحتمالي. على أنه يجب أن يكون التواطؤ الغشي عند ذلك أداة جريمة جزائية.

ب ـ الأثر الاستثنائي للصورية في صحة العقد

519 ـ الهبات المستترة بمنجى من شروط شكل الهبات.

إن مبدأ حياد الصورية مستبعد أولاً لصالح الهبات المستترة. ومع أن هذه الهبات تحققت بدون الشروط المطلوبة، فإنها تبقى مقبولة ما أن تكون شروط صحة العقد الظاهري مجتمعة.

ويحصل الفريقان هنا على فائدة من الصورية بالتخلص من معاملات مزعجة أو مكلفة.

---

(1) انظر تكوين العقد، رقم 895، صفحة 905.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 126.

(3) انظر الرقم 583 اللاحق.

(4) Dalloz 1978، صفحة 200 من التقرير.

وينبغي كذلك أن يكون الإخفاء كافياً. ولا يكفي مثلاً وصف عقد لا يحوي ذكر أي ثمن بأنه بيع. ويبدو أن محكمة النقض ظهرت سخية بصورة خاصة.

وهكذا ردت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1980[1]، بعد أن ذكّرت «بأن التبرعات التي تتم بغطاء عقود معاوضة صحيحة عندما تجتمع شروط الشكل المطلوبة لتكوين العقود التي تأخذ عنها ظاهرها، والقواعد التي تخضع لها بالنسبة إلى الأساس هي القواعد الخاصة بالعقود المجانية» طعناً تمسك بأن بيع قطعة أرض بثمن فرنك واحد هو باطل لغياب ثمن حقيقي. فقد حكمت «بأن محكمة الاستئناف، إذ قدرت بسيادة أن شركة Gobba في مدينة ڤينا كانت لديها نية تبرعية، تمكنت من التقرير أن هذا العقد الذي راعى شروط شكل البيع كان يشكل هبة مستترة صحيحة».

وبالمقابل، حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 3 تشرين الثاني 1976[2]، «بأن هبة مستترة ليست بالضرورة، بسبب شكلها، معفاة من ردها» إلى التركة.

520 ـ بيد أن الأحكام الخاصة التي تعاقب ببطلان بعض أنواع الصورية في عقود معينة هي التي، نظراً إلى أهميتها العملية، تتضمن استثناءات بارزة جداً لمبدإ الحياد. وينبغي التفريق حسبما يطال البطلان الكتاب المضاد وحسب أو العقد بكامله.

١) البطلان الاستثنائي للكتاب المضاد.

521 ـ الكتب المضادة التي تتضمن تعديلات الاتفاقية الزواجية.

بعض المؤلفين[3] يلاحظ هنا أن الكتب المضادة التي تحمل تعديلات الاتفاقيات الزواجية باطلة خارج الظروف المبينة في المادة 1396 من القانون المدني. إلاّ أن كلمة الكتاب المضاد الواردة في هذا النص لم يستخدمها المشترع بمعناها العادي كعقد سري. أنها تدل على أي تعديل لعقد الزواج الأولي. فالأمر لا يتعلق إذاً ببطلان يعاقب الصورية وإنما بعنصر استقرار الأنظمة الزواجية[4].

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 164، صفحة 131؛ Dalloz-Sirey 1981، صفحة 273، تعليق I.NAJJAR؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 422، رقم 2، ملاحظة J.PATARIN. ـ أنظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 206، بالنسبة إلى بيع مؤسسة تجارية للبقالة وبيع المشروبات بالمفرق بثمن 10000 فرنك.

(2) مصنف الأجتهادات الدوري، 1978، الطبعة G، II، 18871، تعليق M. DAGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1979، صفحة 415، ملاحظة R.SAVATIER.

(3) G.MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 310، صفحة 319 وصفحة 320 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، صفحة 431، رقم 336.

(4) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 2، صفحة 11 وصفحة 12.

522 ـ بطلان الكتاب المضاد معاقبة بشكل أساسي لكتمان الثمن.

إنه مستلهم إمّا من أسباب ضريبية في بيع العقارات أو المؤسسات التجارية والتفرغ عن الإيجار، وإمّا بهاجس رقابة التفرغات عن الوظائف القضائية.

أ) بيع العقارات والتفرغ عن المؤسسة التجارية أو الزبن أو الإيجار.

523 ـ بطلان الكتب المضادة.

يعاقب قانون 22 فريمير العام VII، في المادة 40 منه، بالبطلان «أيّ كتاب مضاد جرى بتوقيع خاص وموضوعه زيادة الثمن المشترط في عقد بتوقيع خاص سبق تسجيله». بيد أن هذا النص ألغته المادة 1321 من القانون المدني التي أكدت، على العكس، صحة الكتب المضادة بين الفريقين. وقد عزز قانون 23 آب 1871 القمع الضريبي لكتمان الثمن. إلاّ أن العقوبات الملحوظة، في الواقع، نادراً ما تطبق، ذلك بأن الإدارة ليس بإمكانها معرفة الكتمان إلاّ أن تبرز بعض الصعوبات بين البائع ومكتب الملكية.

على أنه تم بذل الجهد للحصول على إبطال الكتب المضادة التي تنزع إلى كتمان الثمن. وقد تمسك بعضهم، لهذه الغاية، بأن العقد المبرم بهدف التملص من رسوم التسجيل كان سببه غير مشروع ويقتضي إبطاله تطبيقاً للمادتين 1131 و 1133 من القانون المدني. وكانت محكمة النقض قد رفضت في أول الأمر طابع السبب غير المشروع بنية حتى ظاهرة للتهرب من رسوم التسجيل[1]. وكان عليها أن تتبنى موقفاً أكثر دقة في حكم لغرفة العرائض في محكمة النقض في 10 نيسان 1900[2].

إلاّ أن البطلان لا يمكن أن يكون فعالاً إلاّ يكون محدوداً بالكتاب المضاد من أجل حث الشاري على الرجوع عنه لتجنب دفع تكملة الثمن مع الاحتفاظ بالاستفادة من العقد.

وهذه النتيجة توصلت إليها الإدارة الضريبة مع المادة 7 من قانون 27 كانون الثاني 1912 التي استوحت الاجتهاد المتعلق بالتفرغ عن الوظائف القضائية واستعيدت أحكامها مع توسيع ملموس في المادة 1793 من القانون العام للضرائب، وهي اليوم المادة 1840 من

---

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 16 آب 1831، الاجتهاد العام، V° التسجيل، رقم 5123 ـ النقض المدني في 24 آذار 1835، المرجع عينه، رقم 5125 ـ حكم غرفة العرائض، 13 آذار 1839، المرجع عينه رقم 5126.

(2) Dalloz الدوري 1902، 1، صفحة 11، تعليق. Em.B: في القانون «كل اتفاقية هدفها الرئيسي تسوية المصالح بين الفرقاء لا يمكن أن تكون باطلة لهذا السبب وحده وقد تكون نتيجتها، حتى الإرادية، الإضرار بالضريبة مما يجعل استيفاء رسوم التسجيل غير كامل»، ويقتضي تحديد أن تكون نية تخفيض رسوم التسجيل السبب الحاسم للعقد المتنازع فيه لتسويغ البطلان. وهكذا رفض الاجتهاد فصل الكتاب المضاد عن العقد الأصلي الذي يهدف إلى كتمان الثمن الحقيقي. والحال أن مفهوم السبب غير المشروع لا يمكن أن يكون فعالاً إلاّ بشرط أن لا يطبق إلاّ على الكتاب المضاد المحدد طبيعياً بهدف التهرب من الضريبة وأن لا يؤدي إلى بطلان هذا الكتاب وترك العقد الظاهري باقياً.

هذا القانون[1]. وبمقتضى هذا النص «أيّ كتاب مضاد موضوعه زيادة الثمن المشترط في اتفاق التفرغ عن وظيفة قضائية أو أي اتفاقية هدفها كتمان قسم من ثمن بيع عقار أو تفرغ عن مؤسسة تجارية أو زبن أو تفرغ عن حق إيجار أو استفادة من وعد بالإيجار يتناول عقاراً أو قسماً منه أو فرق أنصبة مقايضة أو قسماً منه أو قسمة تتضمن أموالاً عقارية أو مؤسسة تجارية أو زبناً هو باطل وليس له أي مفعول». إن مجرد قراءة هذا النص يبين العناية الخاصة التي أولاها المشترع للسهر على أن تكون فرضيات كتمان الثمن جميعاً تم تفحصها.

وأساس البطلان موضوعي. فالعمل القابل للإبطال هو الذي تابع فاعلوه هدفاً غير مشروع. وهذا الشرط يكون محققاً ما أن يكون «هدف الاتفاقية كتمان الثمن. . .». وليست نية التهرب من الضريبة مفروضة على الإطلاق في المادة 1840[2] ولا تبدو متوافقة مع إرادة المشترع[3].

ونقضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 18 حزيران 1975[4]، حكماً ظن «أن عليه رفض إبطال عقود مع أنه أخذ «بأنها كانت تكتم قسماً من ثمن بيع مؤسسة تجارية». لقد اعتبر قضاة الأساس أن «تعهد الفريقين بحتفظ بقيمته القانونية» رغماً عن هذا الكتمان، بغض النظر عن الأسباب المنازع فيها التي «لم تكن السبب الحاسم» وأن «الفريقين» بإدخال هذه الشروط في العقود غير السرية الخاضعة للتسجيل وببيان ثمن بيع صحيح، غير مكتوم، لم يكونا يفكران بالإقدام على كتمان الثمن وإنما على تخفيض الرسوم المتوجبة على نقل المال إلى أقصى حد ممكن». كان يكفي أن يكون الكتمان حقيقياً، موضوعياً، بالاستقلال على نفسانية فاعليه ما دام أن ثمة كتماناً للثمن وليس مجرد مهارة مسموح بها[5].

ونقضت الغرفة ذاتها أيضاً، في 18 كانون الثاني 1994[6]، حكماً أدان الاعتراف بدين بقي غير مدفوع جزئياً ولم يكن مبلغه مذكوراً في عقد التفرغ، وكان ثمنه قد جرى إنقاصه بحجة أن الموجب الناشىء عنه «له سببه حقاً وأنه يشجع على صلاح استخدام مبدإ حسن النية

(1) انظر P. FROGER, Insuffisance et dissimulation du prix daus les ventes d'immeubles، أطروحة في باريس، 1932، ولاسيما صفحة 90 وصفحة 118.

(2) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Douai، 17 حزيران 1969، Dalloz 1970، صفحة 275، تعليق J.GHESTIN الناقد، وهذا الحكم يستبعد البطلان بملاحظة أن فرق الأنصبة المستتر الذي فرضه البائع لم يكن له فائدة ضريبية لهذا البائع طالما أن العرف يضع على عاتق الشاري رسوم التسجيل وأنه لا يهدف في الحقيقة إلى حرمان إدارة الضرائب وإنما العديد من دائني البائع.

(3) انظر F.DERRIDA، تعليق على حكم محكمة استئناف الجزائر، 6 كانون الأول 1955، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9113، حول تصريحات واضع اقتراح القانون التي نتجت عنها المادة 7 من قانون عام 1912 التي لا تميز بين مصلحة الغير ومصلحة الخزينة.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 145.

(5) انظر حول التفريق بين الغش والمهارة المسموح بها، المدخل العام، رقم 754 وما يليها.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 29، صفحة 23.

بين الفريقين». إن الحكم يأخذ بالفعل بأن تعليلاً كهذا يشكل انتهاكاً للمادة 1840 من القانون العام للضرائب، طالما أن الاعتراف بالدين، وموضوعه، حسب تحققات قضاة الأساس الخاصة، كتمان قسم من ثمن التنازل عن الزبن، كان باطلاً. والبرهان المستخرج من فكرة حسن النية بين الفريقين لا يمكن الأخذ به.

وأخيراً حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 18 آذار 1981[1]، «بأن البطلان الذي تقضي به المادة1840 من القانون العام للضرائب يعاقب أيّ اتفاقية تتضمن كتمان ثمن بيع عقار أو قسم منه وكذلك الأمر بالنسبة إلى مؤسسة تجارية، أيّاً كانت دوافع هذا الكتمان».

524 ـ بطلان الكتاب المضاد بترك العقد الظاهري باقياً.

إن القانون، في سبيل ردع البائع عن قبول كتمان الثمن، هو قاسٍ بصورة خاصة. إن الكتاب المضاد ليس باطلاً وحسب بل لا يؤدي أيضاً إلى بطلان العقد الظاهري[2]. فالعملية تبقى إذاً بالثمن الظاهري الذي لا يناظر الثمن الذي اتفق عليه الفريقان.

ولم يستقر الاجتهاد بوضوح على هذا المنحى إلاّ حديثاً بأن المدعى عليه لا يستطيع، في أي حالة كانت، طلب امتداد البطلان الذي يطال الكتاب المضاد إلى العقد بكامله.

والاجتهاد السائد، في تطبيق المادة 1840 من القانون العام للضرائب، لم يجعل البطلان المنصوص عليه فيها يمتد إلى العقد الظاهري[3]. وكانت العملية محافظاً عليها بالثمن الظاهري الذي لا يناظر الثمن الذي اتفق عليه الفريقان.

على أن أحكاماً عديدة أخذت بأن العملية يجب إبطالها بكاملها عندما يكون الكتاب المضاد والعقد يتعذر فصلهما، لأن الكتاب المضاد هو السبب الدافع للعقد والحاسم بالنسبة إليه[4].

---

(1) ـ النشرة المدنية، III، رقم 61، صفحة 45.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1973، النشرة المدنية، I، رقم 99، صفحة 84. ـ أول شباط 1961، النشرة المدنية، I، رقم 621، صفحة 493 ـ النقض المدني 21 تشرين الأول 1947، النشرة المدنية، I، رقم 5، صفحة 4 ـ حكم غرفة العرائض 18 تموز 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 476 ـ النقض المدني، 25 آذار 1931، Dalloz 1931، 1، صفحة 62.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 شباط 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 99، صفحة 84 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1961، النشرة المدنية، I، رقم 621، صفحة 493 ـ 13 شباط 1963، النشرة المدنية، I، رقم 98، صفحة 80 ـ 18 كانون الثاني 1961، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 40 ـ أول شباط 1960، النشرة المدنية، I، رقم 68، صفحة 55 ـ 4 تموز 1955، النشرة المدنية، I، رقم 277، صفحة 233؛ Dalloz 1956، صفحة 19، تعليق Ph.MALAURIE. ـ النقض المدني، 21 تشرين الأول 1947، المذكور آنفاً ـ حكم غرفة العرائض، 18 تموز 1934، Dalloz الأسبوعي 1934، صفحة 476 ـ النقض المدني، 25 آذار 1931؛ Dalloz الدوري 1931، 1، صفحة 62.

(4) حكم غرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1974، D. 1975، صفحة 404؛ 1975 =

وهذه الأحكام متوافقة مع المبادىء العامة التي تجعل من التأثير الذي يمارس على رضا الفريقين معيار البطلان الجزئي أو التام للعقود. غير أنها كانت متناقضة مع هدف الانتظام العام الذي توخاه المشترع. ففعالية العقوبة، بالفعل، هي القصدية الأساسية ما دام أن الأمر يتعلق بالانتظام العام للإدارة. والحال أنه يمكن الاعتبار أن الثمن المتفق عليه الذي يعبر عنه الكتاب المضاد حتّم في الأحوال جميعاً، رضا البائع[1]. كانت هذه الأحكام إذاً منازعاً فيها عند ارتباط فعالية المعاقبة الضريبية بالحفاظ على العقد الظاهري الذي بدونه ليس لمكتسب الملكية على وجه العموم مصلحة في التمسك بإبطال الكتاب المضاد[2]. بيد أن الأمر لا يتعلق، بالنسبة إلى أحكام محكمة النقض، إلاّ بأحكام رد تبرز التقدير السيد لقضاة الأساس في شأن لا انقسامية العقدين.

بيد أن محكمة النقض، في أحكام عديدة حديثة، ولا سيما حكمي الغرفة التجارية في 8 أيار و 6 تشرين الثاني 1979[3]، كانت لها مناسبة إدانة هذا الحل غير المنسجم مع ضرورة تأمين فعالية المعاقبة المنصوص عليها. وأكدت هذه الإدانة الغرفة المختلطة في 12 حزيران 1981[4]. فقد طرحت مبدئياً، لتسويغ حكم نقض، «ان البطلان الوارد في» المادة 1480 من القانون العام للضرائب «تجاه أي اتفاقية هدفها إخفاء قسم من ثمن بيع عقار لا

= Defrénois، البند 31002، صفحة 1329، ملاحظة J.-L. AUBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، II، 18401، تعليق Ph.SIMLER. ـ وحكم محكمة استئناف روان، 14 تشرين الأول 1966، Dalloz 1976، صفحة 134. ـ النقض المدني 28 حزيران 1956، مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9636، تعليق D.1975 A.PONSARD، صفحة 229، تعليق P.VOIRIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 158، ملاحظة R.SAVATIER ـ حكم محكمة استئناف باريس، 4 أيار 1955، D.1956، صفحة 19، تعليق Ph.MALAURIE ـ حكم غرفة العرائض، 19 نيسان 1937، D.H.1937، صفحة 284. أضف إلى ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 حزيران 1976، النشرة المدنية، III، رقم 254، صفحة 195، قبول ابطال الكتاب المضاد وحده بحجة أن العقد الرسمي «يكفي لوحده».

(1) انظر B.STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND L.BOYER رقم 989، صفحة 416 وصفحة 417.

(2) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 191 وما يليه ـ Ph. MALAURIE et Ph.SIMLER، التعليقات المذكورة سابقاً.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 أيار 1979 (حكم رد)، D.S.1980، صفحة 283، تعليق J.GHESTIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19192، ملاحظة A.S ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1979، (حكم نقض)، النشرة المدنية، IV، رقم 277، صفحة 221؛ D.S.1980، صفحة 283، تعليق J.GHESTIN. انظر في الاتجاه عينه، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 أيار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 155، صفحة 130. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية IV، رقم 256، صفحة 205، بالنسبة إلى سند لأمر يقلم استحقاق الثمن المنصوص عليه في الاتفاقية الأصلية.

(4) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 12 حزيران 1981، نشرة الغرفة المختلطة، رقم 5، صفحة 7؛ D.S.1981، صفحة 413، طلبات المحامي العام J.CABANNES؛ Defrénois 1981، البند 32787، صفحة 1511، تعليق J.L.AUBERT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1982، صفحة 141، ملاحظة F.CHABAS ـ وكذلك A.HINFRAY, Du Paradoxe Juridique de la simulation، تشرين الثاني 1982، صفحة 11 وما يليها.

يطبق إلاّ على الاتفاقية السرية ولا يتناول صحة العقد الظاهري بدون أن يكون ثمة بحث عما إذا كانت هناك انقسامية بين الاتفاقيتين أم لا».

وهذا الحكم جاء وفقاً لطلبات حضرة المحامي العام الأول السيد Jean Cabannes الذي لاحظ، بإيراد ملاحظاته على حكم الغرفة التجارية لعام 1979، ما يلي: «يبدو، بعيداً عن نية الفريقين، أنه يعود إلى محكمتهم العليا أن تحدد، «(عن طريق تفسير إرادة المشترع، الحالات التي تمنع فيها فعالية المعاقبة الأخذ في الحسبان إرادة الفريقين بالنسبة إلى الطابع الأساسي للشرط غير المشروع أو لاإنقساميه تجاه ما هو أساسي في العقد)». فليس المقصود إذاً حل خاص بالقانون الضريبي وإنما بقاعدة ذات مدى عام. والحل مستقر اليوم[1].

على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في مادة قريبة من رقابة النقد، رأت أن عليها، في 22 كانون الثاني 1975، نقض حكم حدد الإبطال بالكتاب المضاد المتضمن غشاً وحده، إذ لاحظت «أن العملية، في مجملها، كانت باطلة لأنها تهدف إلى التهرب من قواعد الانتظام العام لرقابة النقد»[2]. إلاّ أنه من المسموح به التفكير في أن إبطال الكتاب المضاد وحده يؤمن معاقبة أكثر فعالية. فبطلان القرض يتيح، بالفعل، للمقرض استعادة أمواله فوراً لكي يستثمرها، عند الحاجة، بصورة أكثر مهارة. ومن شأنه، فضلاً عن ذلك، ردع المقترض عن الإفادة من البطلان من الانتظام العام وأن يضع نفسه هكذا في خدمة التشهير الضروري بما هو غير مشروع.

525 ـ لا يقام وزن لاشتراك المدعي في الغش.

يجيز بطلان الكتاب المضاد لمكتسب الملكية أن يرفض دفع القسم المستتر من الثمن[3]. وإذا كان مكتسب الملكية قد دفع فبإمكانه طلب استرداد القسم المستتر من الثمن. ولا يشكل القولان المأثوران، لا يمكن أن يدعم أحد على خِسّته (nemo auditur propriam tuerpitudinem allegans)، أو يمكن فرض استرداد ماتم دفعه بموجب عقد غير قانوني عند الاشتراك في اللاّقانونية (in pari causa turpitudinis cessat repetitio)،

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 11 أيار 1984، النشرة المدنية، IV، رقم 155، صفحة 130، الذي استعاد صيغة حكم الغرفة المختلطة لعام 1981.

(2) مصنف الاجتهادات الدوري، 1977، الطبعة G، II، 18401، تعليق Ph. SIMLER؛ D.S.1980، صفحة 280 من التقرير؛ يوميات الكتابة العدل، 1977، البند 53717، صفحة 918، ملاحظة F.VIATTE، الذي يتساءل حول تطبيق هذا الحل على المادة 1840 من القانون العام للضرائب؛ جريدة القانون الدولي العام 1976، صفحة 105، ملاحظة B.AUDIT؛ المجلة الناقدة للقانون الدولي العام، 1975، صفحة 633، ملاحظة Ph. DRAKIDIS.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 نيسان 1968، النشرة المدنية، I، رقم 115، صفحة 91. جرى الحكم بأن البائع، بسبب ذلك، لم تكن له صفة الدائن ولا يستطيع بالتالي إقامة الدعوى البوليانية: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تموز 1955، D.1956، صفحة 19، تعليق Ph. MALAURIE.

عقبة أمام هذا الاسترداد[1].

ولا تؤخذ في الحسبان أيضاً مسؤولية الفريقين في ما يتعلق بالبطلان ومداه. فقد نقضت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 25 حزيران 1985، حكماً منع مكتسب ملكية عقار من الإفادة من بطلان الكتاب المضاد بحجة أنه كان هو نفسه «مسؤولاً عن اللاّشرعية» التي يتمسك بها «في حين أن البطلان من الانتظام العام الذي يطال الكمبيالة كان يمنع على القضاة إعطاءها أي مفعول، وأن الشاري كان له الحق في الإفادة منه في حين أنه كان مسؤولاً عنه»[2].

وعلى وجه العموم، وكما حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 22 حزيران 1976، يمكن «أن يتمسك الفريقان بجميع نتائج التحايل على القانون من الانتظام العام أيّاً كانت مشاركتهما في هذا التحايل»[3].

526 ـ النظام القانوني لبطلان الكتاب المضاد.

لبطلان الكتاب المضاد أيضاً نتيجة استبعاد القسم المستتر من الثمن لتقدير وجود غبن في بيع عقار. والثمن الظاهري وحده يقام له وزن حتى ولو سدد الشاري فعلياً التكملة والبطلان الوارد في المادة 1840 من القانون العام للضرائب «ليس المنصوص عليها في الكتاب المضاد[4]. والبطلان الوارد في المادة 1840 من القانون العام للضرائب «ليس معاقبة جزائية[5] ولا معاقبة ضريبية... إنه إذاً معاقبة خاصة لا تخضع للمبادىء العامة المتعلقة بالعقوبات»[6]. وعليه جرى الحكم بأن قوانين العفو العام التي تزيل العقوبات، ولا سيما الغرامات الضريبية، لا يمكن أن تضفي الصحة على الكتب المضادة الباطلة[7].

---

(1) النقض المدني، 17 أيلول 1941، القانون الإداري 1942، صفحة 337. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1967، النشرة المدنية، I، رقم 300، صفحة 225؛ D.1967، صفحة 725، تعليق A.BRETON.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 حزيران 1985، النشرة المدنية، III، رقم 103، صفحة 78؛ D.S.1980، صفحة 212، تعليق B.AGOSTINI الناقد؛ مجلة القانون العقاري، 1986، صفحة 216، ملاحظة GROSLIÈRE et SAINT ـ ALARY ـ HOUIN.

(3) Dalloz - Sirey 1977، صفحة 619، تعليق P.DIENER.

(4) حكم غرفة العرائض، 10 كانون الأول 1930؛ S.1931، صفحة 103؛ مجلة قصر العدل، 1931، 1، صفحة 113.

(5) حكم غرفة العرائض، 26 نيسان 1926، Dalloz الاسبوعي 1926، صفحة 281؛ Sirey 1927، 1، صفحة 17.

(6) J.CHAPEAU, Les dissimulations de prix devant la législation civile، أطروحة في باريس، 1934، صفحة 155. ـ وعلى نقيض ذلك R.SAVATIER، فهرس الكتابة العدل العام، 1927، صفحة 137.

(7) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1963، مجلة قصر العدل، 1963، 2، صفحة 110 ـ حكم محكمة استئناف باريس، 4 أيار 1955 (القضية الثانية)، D.1956، صفحة 19، تعليق Ph.MALAURIE ـ النقض المدني، 25 حزيران 1928، S.1928، 1، صفحة 350.

ولأن البطلان يهدف إلى حماية المصلحة العامة فهو مطلق ويمكن بالتالي أن يطلبه أي شخص صاحب علاقة.

527 ـ المعاقبات الأخرى للكتمان الجزئي للثمن.

ليس لبطلان الكتب المضادة، رغماً عن قساوته فعالية كبيرة. والشاري يتردد في التمسك به، لا لأنه يتعرض هو نفسه كمتواطىء للمعاقبة الضريبية التي هي على وجه العموم أدنى من القسم المستتر من الثمن وحسب، وإنما لأنه يخشى، بصورة خاصة، على الصعيد النفسي، لفت انتباه مصلحة الضرائب وإثارة استنكار الرأي العام بالاستفادة من هذه العلاوة[1]. ويمكن إثبات الكتمان بالوسائل كافة طالما أن الأمر يتعلق بتحايل على قانون من الانتظام العام، غير أنه صعب، ذلك بأن التسديد يتم عملياً بصورة سرية وفي أغلب الأحيان بدون تحرير مستند خطي.

ولتأمين فعالية القمع حصلت الإدارة الضريبية على زيادة الغرامات، وبموجب المادة 1904، من القانون العام للضرائب، على حق الشفعة بأن تحل محل مكتسب الملكية بثمن ظاهري مع زيادة 10% ولا يجوز لمكتسب الملكية أن يثبت أن الثمن الوارد في العقد يناظر قيمة المال الحقيقية[2]. على أن محكمة النقض، في المبيعات العقارية، عندما يتبين أن الثمن الظاهري أدنى من سبعة من اثني عشر من قيمة المال، أجازت للبائع المقاضاة للفسخ لعلة الغبن ضد الإدارة[3]. وهذه الدعوى لا تستبعد إلاّ أن تثبت الإدارة أن الدعوى أقيمت بهدف التملص من نتائج الغش الضريبي[4].

ب ـ التنازل عن الوظائف القضائية:

528 ـ بطلان الكتمان الجزئي لثمن التنازل.

تمارس وزارة العدل رقابة ثمن التنازل عن الوظائف القضائية لتجنب أن يحاول المتنازل له الذي دفع ثمناً مرتفعاً جداً، بعد ذلك، زيادة أتعابه. ويتيح الكتاب المضاد في الممارسة كتمان قسم من الثمن الموضوع فعلاً. ويعاقب اجتهاد قديم أكدته المادة 6 من قانون 27

---

(1) انظر B.STARCK، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 985، صفحة 415 وصفحة 416.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1970، D.1970، صفحة 68 من الموجز. ـ 5 شباط 1951، مصنف الاجتهادات الدوري، 1957، II، 9876. ـ 5 آب 1952، D.1952، صفحة 745؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1952، II، 7337.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، 1952، رقم 23، صفحة 18؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، II، 7114 (القضية الأولى).

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، رقم 22، صفحة 17؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، II، 7114، (القضية الثانية) ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تموز 1950 (حكمان)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، II، 5783. انظر B.STARCK, Droit de préemption de l'enregistrement et action en rescision pour lésion، الفهرس العام للكتابة العدل، 1951، صفحة 121 وما يليها.

شباط 1912، ثم المادة 1840 من القانون العام للضرائب، ببطلان هذه الكتب المضادة الخاضعة لنظام مشابه لنظام بيع العقارات والمؤسسات التجارية.

2) البطلان الاستثنائي للعقد بكامله.

529 ـ بطلان الهبات المستترة أو التي يقوم بها مسخّر لصالح عديم أهلية التلقي.

تعاقب المادة 911، الفقرة الأولى، من القانون المدني بالبطلان التبرعات المستترة في شكل عقد معاوضة أو عن طريق أشخاص مسخرين، لصالح عديم الأهلية، ويستهدف هذا النص الأشخاص عديمي أهلية، التلقي. ويمكن الاعتبار أنها تكتفي لاستنتاج نتائج إعادة إثبات الحقيقة[1].

530 ـ بطلان الهبات بين الزوجين المحققة عن طريق مسخّر.

بمقتضى المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، كل هبة بين الزوجين إذا كانت مستترة أو معطاة لأشخاص مسخرين هي باطلة. وحسب الاجتهاد «يطبق البطلان المحكوم به استناداً إلى المادة 1099 من القانون المدني على الهبات اللاحقة للزواج وكذلك على الهبات السابقة له إذا جرت توقعاً للزواج»[2]. ويستهدف هذا الحل بصورة خاصة الهبات المستترة عبر عقد الزواج[3]. والصورية تعاقب هنا بحد ذاتها طالما أن الهبات بين الزوجين ليست باطلة من حيث المبدأ.

ويسوّغ هذا البطلان بهاجس المحافظة على إمكانية الرجوع عن الهبة التي تحتفظ به المادة 1096 من القانون المدني للزوجين[4]. بيد أن هذا الأساس نادراً ما يكون منسجماً مع إمكانية الدعوى بالنسبة إلى الورثة وإلى دائني الزوجين[5]. ويجري أيضاً التمسك بقرينة الغش للإضرار بحقوق الورثة أصحاب الفروض الذين غالباً ما يكونون ضحايا هبات كهذه[6]. وهذا

---

(1) غير أنه يبدو أن الاجتهاد يجعل للمادة 911 مفاعيل أهم من المفاعيل الناتجة عن القانون العام. ـ انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 195 وما يليه.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 آذار 1972، النشرة المدنية I، رقم 77، صفحة 70؛ D.1972، صفحة 460، تعليق A.BRETON. انظر بالمعنى عينه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 شباط 1986، النشرة المدنية، I، رقم 21، صفحة 18؛ Defrénois 1986، 1986، البند 33809، رقم 98، صفحة 1262، تعليق G.CHAMPENOIS ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1951، النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 119.

(3) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 14 نيسان 1886، Dalloz الدوري 87، 1، صفحة 169.

(4) انظر H.L. et J. MAZEAUD Leçons de droit civil الجزء IV، المجلد الثاني الخلافة، التبرعات، الطبعة الرابعة، 1982، تأليف A.BRETON، رقم 1550، صفحة 749. ـ حكم محكمة استئناف باريس، 4 تموز 1963، D.1964، صفحة 3 من الموجز.

(5) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 203، رقم 204.

(6) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205، صفحة 203 ـ G.RIPERT et J.BOULANGER، المرجع عينه، الجزء IV، رقم 3846، صفحة 1219 ـ M.PLANIOL et RIPERT، =

الأساس يجب أن يقود إلى مجرد تخفيض الهبة، في حين أن الاجتهاد السائد يحكم بالبطلان[1]. ويبدو في النهاية إذاً أن الصورية ذاتها هي التي تسوّغ البطلان[2].

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 8 آذار 1977[3]، في قضية كان زوجان فيها «قد تزوجا في ظل نظام فصل الأموال» واشتريا عقاراً «واكتسب الزوج كامل ملكية هذا العقار حتى وفاته، واشترت الزوجة حق الانتفاع قبل وفاة زوجها. بيد أن كتاباً مضاداً كان يعترف «بأن ثمن الشراء قد جرى دفعه من مال زوجها وحده وأن هذا الزوج كان المالك الوحيد للعقار وله حرية التصرف به». ثم تطلق الزوجان فقاضى الزوج زوجته لإبطال الهبة المستترة التي وافق عليها على هذا النحو. وطلبت الزوجة من ناحيتها بطلان البيع «واسترداد الثمن المقابل لحق الانتفاع». واستبعد قضاة الاستئناف طلب الزوجة بحجة أنه ينجم عن الكتاب المضاد أنها «لم تكن حائزة حق الانتفاع» فقدمت الزوجة طعناً يأخذ على قضاة الاستئناف عدم البحث عما إذا كان التنازل عن حق الانتفاع يجب أن ينشأ بعد وفاة زوجها ولا يشكل وعداً على الإرث المستقبلي الذي يؤدي كشفه في العقد الجليّ أيضاً إلى بطلان العقد السري. فحكمت محكمة النقض بأن محكمة الاستئناف، «بقبولها أن العقد السري يفوض الظاهر الذي أنشأه العقد الجليّ بين الزوجين» استنتجت من ذلك «بصواب أن انعدام وجود أي اتفاقية، في العلاقات بين الزوجين، تتعلق بنقل حق الانتفاع، كان بحد ذاته يستبعد وعداً على إرث مستقبلي».

يبدو الحل صحيحاً. ويكون أكثر تعليلاً لو أن محكمة النقض بينت أن عدم وجود نقل لحق الانتفاع كان ناتجاً عن أنه يشكل بين الزوجين هبة مستترة باطلة تطبيقاً للمادة 1099 الفقرة 2، من القانون المدني. وواقع أن الكتاب المضاد نص على أن الزوج كان مكتسب

= لمرجع عينه الجزء V، البيان والوصايا، الطبعة الثانية، تأليف A.TRASBOT et Y.LOUSSOUARN، رقم 762، صفحة 949 وما يليها.

(1) انظر حول هذا الاجتهاد، M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 205، صفحة 204 الذي استشهد به: النقض المدني، 30 آذار 1831، S.32، 1، صفحة 134، وحكم غرفة العرائض، 29 أيار 1838، S.38، 1، صفحة 481، تعليق L.M.DEVILLENEUVE - 17 شباط 1874، D.74، 1، صفحة 344 - 25 تموز 1881، D.82، 1، صفحة 77؛ S.1882، 1، صفحة 417 - النقض المدني، 23 أيار 1882؛ S.83، 1، صفحة 152 - 30 نيسان 1941، مصنف الاجتهادات الدوري، 1941، 1، 1727، تعليق P.VOIRIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1941، صفحة 629، ملاحظة R.SAVATIER؛ S.1941، 1، صفحة 418؛ مجلة قصر العدل 1941، 2، صفحة 50؛ القانون الاداري 1941، صفحة 324؛ D.1942، صفحة 6، تعليق M.N. - 22 أيار 1951، D.1951، صفحة 507؛ النشرة المدنية، I، رقم 153، صفحة 119، 26 تشرين الأول 1953، النشرة المدنية I، رقم 234، صفحة 200 - 23 أيار 1959، D.1959، 4، صفحة 470؛ النشرة المدنية، 1، رقم 259، صفحة 216 - 3 شباط 1960، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 64.

(2) قارن بـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈs, Les successions - Les libéralités، تأليف Ph. MALAURIE، الطبقة الثانية، 1993، رقم 717، صفحة 376.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 122، صفحة 94.

الملكية الوحيد وأن حق الانتفاع الاحتمالي للزوجة مؤجل حتى وفاة الزوج أصبح بدون مدى نظراً إلى هذه الملاحظة الناجمة عن الكتاب المضاد ذاته بأن الثمن جرى تسديده بكامله من أموال الزوج. ومن الصحيح أن اجتهاد محكمة النقض الأحدث ينزع إلى استبعاد الهات المستترة بين الزوجين.

إن بطلان الهبات المستترة بين الزوجين لا يفسح في المجال لمنازعات قضائية غزيرة ولجدال فقهي شديد وحسب، بل إن المبدأ ذاته هو المنازع فيه اليوم[1]. وهذا ما قاد محكمة النقض ولا شك إلى تخفيف مداه بطرق مختلفة لعدم إمكانية إلغاء المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني.

إن عدة أحكام لمحاكم الاستئناف، في أول الأمر، لم يتم نقضها من قبل محكمة النقض، رفضت إبطال الهبة المستترة ببيان غياب نية التبرع، إذ توخى الزوج مكافأة نشاط زوجته، إمّا بسبب المساعدة التي قدمتها لنشاطه المهني وإمّا نشاطها في المنزل الزوجي الذي كان يتجاوز مجرد إسهام في أعباء إدارة المنزل[2].

ثم طرحت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 30 تشرين الثاني 1983[3]، من حيث المبدأ «إن الورثة أصحاب الفروض هم وحدهم بين الورثة الذين بإمكانهم إقامة دعوى البطلان الواردة في المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني». والحل يصعب أن يكون منسجماً مع البطلان المعتمد عموماً، كما رأينا، كمعاقبة للقاعدة، في حين أن الاعتداء على الحصص المحفوظة لا يسوّغ منطقياً سوى تخفيض التبرع.

---

(1) انظر M.Cl. RONDEAU-RIVIER، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1983، Defrénois 1984 البند 33285، صفحة 576 وما يليها ـ 1 ـ M.DAGOT, Réflexions sur l'article du Code civil 1099، مصنف الاجتهادات الدوري 1971، الطبعة G، I، 2397 ـ D.MARTIN Le désordre du droit des libéralités conjugales, in Etudes dédiées à Alex Weill موسوعة Dalloz، 1983، صفحة 415.

(2) انظر M.Cl.RONDEAU-RIVIER، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 580، الذي يستشهد بـ: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الأول 1978؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19220، تعليق J.PATARIN، D.1979، صفحة 75 من التقرير، ملاحظة D.MARTIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 351، ملاحظة R.NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI؛ Defrénois 1979، البند 32038، صفحة 945، ملاحظة G.CHAMPENOIS؛ مجلة قصر العدل 1975، 2، صفحة 528، تعليق لـ De la MARNIERE ـ 10 تموز 1979، D.1980، صفحة 138 من التقرير، ملاحظة D.MARTIN؛ Defrénois 1980، البند 32174، ملاحظة A.PONSARD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 426، ملاحظة S.PATARIN ـ 23 كانون الثاني 1980، 1980 Défrénois، البند 32448، صفحة 1299، ملاحظة G.CHAMPENOIS ـ 20 أيار 1981، Defrénois 1981، البند 32750، صفحة 1323، ملاحظة G.CHAMPENOIS ـ حكم محكمة استئناف كولمار، 31 تشرين الأول 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة G، II، 19303، تعليق R.LE GUIDEC.

(3) M.CL.RONDEAUN- RIVIER، التعليق السابق الذكر، صفحة 576.

وفي 26 نيسان 1984[1] حكمت «بأن محكمة الاستئناف، بعد أن قبلت بصواب أن وصف الهبة المستترة لا يمكن الأخذ به إلاّ في حال وجود كتمان كاذب لمصدر المال، تحققت من أنه لم تكن ثمة صورية في شراء قطعة الأرض ولا في عملية بناء المنزل تكشف عن الرغبة في إنشاء ظاهر خادع»، مما يستبعد أيّ هبة مستترة.

وأبدت الغرفة نفسها، في 6 كانون الثاني 1987[2]، أيضاً تحفظات تجاه بطلان منازع فيه بالحكم «بأنه لا يمكن أن تكون ثمة هبة مستترة تعاقب بالبطلان الوارد في المادة 1099، الفقرة 2» من «القانون المدني» «إلا أن يكون العقد متضمناً تأكيدات كاذبة متعلقة بمصدر الأموال» وقبلت أن «غياب بيان متعلق بمصدر هذه الأموال في العقد لا يشكل كذباً». وأكدت في 8 تشرين الثاني 1988[3] هذا الحل.

وفي 7 شباط 1989[4] نقضت، لانتهاك المادتين 1099 و1099 ـ 1 من القانون المدني، حكماً وصف بيعاً بهبة مستترة «بدون البحث عما إذا كانت في العقد تأكيدات كاذبة تتعلق بمصدر الأموال، في حين أن وصف الهبة المستترة لا يمكن الأخذ به إلاّ في حال وجود هذا الكتمان الكاذب».

وطرحت أخيراً، في 14 حزيران 1989[5] استناداً إلى المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني، من حيث المبدأ «أن وصف الهبة المستترة، بمعنى هذا النص، لا يمكن الأخذ به إلاّ بوجود تأكيد كاذب متعلق بمصدر الأموال»، ونقضت بالتالي لنقص في الأساس القانوني حكماً لم «يبحث عما إذا كان عقد اكتساب الملكية يحوي تأكيدات كاذبة متعلقة بمصدر الأموال».

وكان من المسموح به، كما لوحظ سابقاً، الاندهاش، أمام أحكام المادة 1099 ـ 1، كما نتجت عن قانون 28 كانون الأول 1967، من أن «محكمة النقض لم تتخلَّ عن وصف الهبة المستترة في حال اكتساب أحد الزوجين ملكية مال بأموال قدمها الزوج الآخر»[6]. ومن المعروف، بموجب هذا النص، «أن الهبة، عندما يكتسب الزوجان ملكية مال بأموال قدمها الزوج الآخر لهذه الغاية، ليست سوى أموال نقدية وليست مالاً استخدم من أجلها». ويكفي عند ذلك أن الزوجين لم يسعيا إلى كتمان مصدر الأموال النقدية ليكون ثمة إخفاء، مما يجعل المادة 1099، الفقرة 2، من القانون المدني غير قابلة للتطبيق.

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 139، صفحة 116.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 4. انظر بهذا المعنى حكم محكمة استئناف باريس، 13 آذار 1979، مجلة قصر العدل، 1979، 2، صفحة 505؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 142، ملاحظة R.SAVATIER.

(3) Dalloz 1988، صفحة 277 من التقرير.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 46.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 236 صفحة 157.

(6) M.Cl. RONDEAU- RIVIER، التعليق المذكور سابقاً، صفحة 581.

531 ـ نما اجتهاد ملفت حول صحة الهبات المستترة بين أشخاص أصحاب أهلية للإعطاء والتلقي.

بإمكان الورثة المغبونين عن طريق هبة تتناول حصصهم المحفوظة ممارسة دعوى الرجوع. وبالفعل عندما يكون لأحد الأشخاص ورثة من ذوي أصحاب العروض (أو الحصص المحفوظة)، ولاسيما الأولاد، فليس بإمكانه أن يتصرف بأمواله بصفة مجانية إلاّ بقسم من ذمته المالية، أي بالنصاب الحر. والتبرع الذي يتجاوزه لا يبطل وإنما يخفض فقط إلى مبلغ هذا النصاب الحر.

وعندما تكون الهبة مستترة تحت ظاهر عقد معاوضة، ولاسيما البيع، هل لإعادة إقامة الحقيقة النتيجة الوحيدة بتخفيض الهبة، أم ينبغي أن تعاقب الصورية بإبطال الهبة بكاملها؟ إن الاجتهاد أعطى حلولاً متباينة.

فطبقت أحكام عديدة المادة 1131 من القانون المدني ومبدأ الغش لإبطال الهبة بكاملها. بيد أن التحليل الدقيق لهذا الاجتهاد يظهر أن الإبطال لا يعاقب أبداً، بحد ذاته، مجرد الإخفاء الذي يعتدي على الحصة الإرثية المحفوظة؛ يضاف إلى ذلك دائماً، إمّا الغش البولياني بالنسبة إلى الدائنين[1]، وإمّا سبب أخلاقي باكتساب نفع من أجل تسهيل علاقات المعاشرة غير الشرعية أو القيام بها[2]. والمبدأ المطروح في عدة أحكام لمحكمة النقض مستقر إذن: الصورية الطواطئية، النازعة إلى انتهاك القانون، وبصورة خاصة إلى حرمان الورثة من حصصهم المحفوظة، ليست في ذاتها سبباً للبطلان[3]. وبالمقابل إذا أصر الموهوب له، بعد وفاة الواهب، على كتمان الهبة، فالإخفاء المرتكب هكذا يمنع عليه «عدم الاحتفاظ بشيء من الأموال الموهوبة له، بدون أن من الواجب البحث عما إذا كانت هذه الأموال تتجاوز تدبير النصاب الحر[4]».

---

(1) انظر غرفة العرائض، 28 كانون الأول 1938، مجلة قصر العدل، 1939، 1، صفحة 376 ـ 3 آب 1920، S.1921، 1، صفحة 27.

(2) انظر النقض المدني، 11 نيسان 1932، D.P 1932، 1، 169، تعليق R.SAVATIER ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 نيسان 1959، النشرة المدنية I، رقم 183، صفحة 153 ـ أول آذار 1978، يوميات الكتابة العدل، البند 54906، صفحة 616، ملاحظة A.R، بيان أن التبرع، في ظروف القضية يتناول عقاراً وليس أموالاً نقدية استخدمت لتمويل الشراء، مما يستبعد القاعدة المطروحة في المادة 1099 ـ 1 من القانون المدني بملاحظة أن التبرع، رغماً عن زواج الواهب بالمستفيدة لاحقاً للتبرع، لا يمكن أن يكون قد حصل توقعاً لزواج مستقبلي طالما أنه تم في حقبة كان فيها الواهب ما يزال في علاقات الزواج السابق.

(3) انظر بهذا المعنى حكم غرفة العرائض، أول حزيران 1932، D.1932، 1، صفحة 164، تعليق R.SAVATIER ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تموز 1954، النشرة المدنية، I، رقم 250، صفحة 214 ـ حكم الغرفة الاجتماعية، 13 تشرين الأول 1955، D.1956، صفحة 22؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1956، II، 9300 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى، 2 شباط 1971، D.1971، صفحة 590، تعليق J.GHESTIN.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 أيار 1973، فهرس الكتابة العدل العام، 1974، البند =

ويلاحظ هنا أن الصورية تعاقب بحد ذاتها، وإنما تطبيقاً للمادة 792 من القانون المدني.

وجرى إبراز أن الحل[1] يكون في تمانع مع صحة مبدأ الهبة المستترة. فالقسم الذي يتجاوز النصاب الحر وحده هو الذي تم اختلاسه وإخفاءه في الحقيقة، طالما أن بقية الهبة تعود شرعاً إلى الموهوب له. بيد أن الحل يسوّغ في أيّ فرضية بقيمته العملية.

وإعادة حقوق الورثة أصحاب الحصص المحفوظة يتوقف على إثبات وجود الهبة المستترة بحسب تعريفها. من الأساسي إذا حث الموهوب له على الكشف عن هذه الهبة منذ فتح التركة. والحل الذي اعتمده الاجتهاد هو الأجدر لتحقيق هذا الهدف. فصحة مبدإ الهبة المستترة يتجنب معاقبة الموهوب له الذي يكشف عن الإخفاء. وبالمقابل، إذا أصر على الصورية، لاحقاً لفتح التركة، يتعرض للمعاقبة على الإخفاء الذي يجعله يخسر الهبة بكاملها وليس القسم الذي يتجاوز النصاب الحر فقط.

وقد ذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 4 أيار 1977[2]، «بأن الإخفاء يمكن أن ينتج عن أي وسيلة تنزع إلى حرمان دائني مال من التركة».

وبينت الغرفة ذاتها، في 5 كانون الثاني 1983[3]، في صدد هبة مستترة في صورة بيع، «أن العقوبات المنصوص عليها في المادة 792 من القانون المدني تطبق على جميع الأشخاص المدعوين إلى الاشتراك في قسمة التركة بصفة كلية، وأن محكمة الاستئناف طبقت بصواب عقوبات الإخفاء» على شخص «ليست صفته كموصى له كلي موضوع نزاع».

- 30499، صفحة 110، تعليق A.BRETON؛ D.1974، صفحة 1، تعليق A.BRETON؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 439، ملاحظة R.SAVATIER؛ مجلة قصر العدل، 1974، 1، صفحة 87، تعليق A.PLANCQUEEL؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 17921، تعليق H.THUILLIER الناقد. يؤكد هذا الحكم تحولاً في الاجتهاد، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تموز 1954، النشرة المدنية، I، رقم 256، صفحة 214 ـ 17 آذار 1964، النشرة المدنية I، رقم 166، صفحة 126، تكريس اجتهاد أقلي في السابق، حكم غرفة العرائض، 10 تشرين الثاني 1927، S.1928، صفحة 142؛ 22 تشرين الأول 1928، D.1928، 1، صفحة 101، H.DESBOIS. ـ النقض المدني 9 تشرين الثاني 1929، مجلة قصر العدل، 1929، 2، صفحة 642. أضف إلى ذلك بالنسبة إلى الاجتهاد السابق الذي لم يطبق معاقبة الإخفاء إلاّ على ما يتجاوز النصاب الحر: النقض المدني، 14 نيسان 1897، D.P.97، 1، صفحة 287؛ 30 آذار 1898، D.P.99، 1، صفحة 22 ـ 16 تموز 1913، D.P.1914، 1، صفحة 246؛ حكم غرفة العرائض، 21 تشرين الثاني 1938، 1940، S، 1، صفحة 80 ـ النقض المدني، 30 كانون الأول 1947، D.1948، صفحة 25 من الموجز؛ S.1948، 1، صفحة 61؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1948، II، 4591، تعليق P.VOIRIN.

(1) M.THUILLIER، التعليق المذكور سابقاً.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 164. والأمر يتعلق في القضية بتقديم عقد كاذب صادر عن أب صاحب العلاقة.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 7.

وبالمقابل، حكمت الغرفة نفسها، في 9 شباط 1983[1]، «بأن الصورية لا تؤدي إلى قرينة الإخفاء تجاه مستحق الإرث الذي استفاد من تبرع مستتر والذي يتعذر معاقبته بالإخفاء إلاّ عندما يقدم الإثبات على نيته الغشية، وهي عنصر مكوّن لهذه الجريمة المدنية». وأضافت أن قضاة الاستئناف، إذ أخذوا «بتقدير سيد بأن نية كهذه لم تكن مثبتة»، سوّغوا قانوناً ردهم نسبة الإخفاء الإرثي الموجهة ضد شخص «موصى له كلي من جانب أبيه. . . ، ومعترف له قضائياً بأنه مستفيد من هبة عقارية من قبل المرحوم، مستترة في صورة بيع». إن الحل، رغماً عن الإسناد إلى سلطة قضاة الأساس السيدة في التقدير، يتعرض للنقد إذا كان قد رفض الأخذ في الحسبان أن المستفيد من الهبة المستترة، لاحقاً لفتح الشركة، أصر على هذه الصورية التي لم يكن من الممكن أن ينازع فيها إلاّ «قضائياً». والحال أن هذا ما يبدو تماماً ناتجاً عن أسباب تسويغ حكم الغرفة المدنية الأولى الذي يشكل عند ذلك حكماً في قضية معينة أو تحولاً جديداً ومؤسفاً للاجتهاد.

532 ـ بطلان الزواج الوهمي.

يأخذ الاجتهاد بأن صورية الرضا بالزواج تؤدي إلى بطلانه[2]. وحكمت محكمة استئناف باريس كذلك، في 11 حزيران 1974[3]، «بأن الزواج باطل لعدم وجود رضا عندما لم يرتضِ الزوجان الاحتفال به إلاّ من أجل مفعول ثانوي بالنسبة إلى أهداف مؤسسة الزواج مع إرادة مقصود للتملص من نتائجه القانونية جميعاً».

II ـ مفاعيل الصورية تجاه الغير

533 ـ ليس للكتب المضادة، حسب المادة 1321 من القانون المدني، «أي مفعول ضد الغير».

يستنتج من هذا النص، من جهة أولى، ان العقد السري لا يحتج به ضد الغير، ومن جهة ثانية أن له إمكانية الإفادة من الكتاب المضاد، ذلك بأنه إذا لم يكن لهذا الكتاب مفعول «تجاهه»، فيمكن أن تكون له منفعة فيه. من المهم إذاً، بعد تحديد من هو الغير بالنسبة إلى الصورية، تحديد لاحجية العقد السري ضد الغير ثم إمكانيته في الاستفادة منه.

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 49.

(2) G.RAYMOND, Nullité absolue du mariage pour simulation، مجلة قصر العدل، 1975، 2، صفحة 501، الاجتهاد المستشهد به وكذلك المؤلفون. أضف إلى ذلك حول مفهوم الزواج الصوري: LA FAMILLE: FONDATION ET VIE DE LA FAMILLE، الطبعة الثانية، رقم 281 وما يليه.

(3) مجلة قصر العدل، 1974، صفحة 293، من الموجز.

أ ـ الغير بالنسبة إلى الصورية

534 ـ ليست الكتب المضادة بالتأكيد محتجاً بها ضد الأشخاص الذين ليست لهم علاقات قانونية الفريقين، الغير الخاص penitus extranei[1].

الأمر كذلك بصورة خاصة بالنسبة إلى الإدارة الضريبية.

ولاحظت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في حكم 14 أيار 1985، أن «قضاة الأساس لم يفعلوا سوى إعادة الوصف الحقيقي لاتفاقية 13 كانون الثاني 1976 بالاستنتاج من هذه الإيضاحات إنها تشكل وعداً ملزماً للطرفين بالبيع»، واستنتجت من ذلك «أن المحكمة، بعد أن بينت أن الزوجين Bourdais أعلنا أنهما اختارا الحل... الأنفع» بالنسبة إلى رسوم التسجيل، واستخرجت من مجمل تحققاتها أن اتفاقية 13 كانون الثاني تخفي مداها الحقيقي في ظاهر اشتراطات هدفها الوحيد التملص من الضريبة، تمكنت من الإعلان أن هذه الأعمال غير قابلة للاحتجاج بها ضد الإدارة وأعادت إليها طابعها الحقيقي»[2].

وتفترق الصورية أحياناً بالفعل عن مجرد تصحيح وصف خاطىء يستنتج من مقارنة محتوى العقد بمعايير الوصف المذكور. وحكمت الغرفة التجارية ذاتها، في 24 نيسان 1990، «بأن الهبة لا يمكن أن توصف بالباتة إلاّ بشرط توفير مسكن مستقل للموهوب له»، لكي تستنتج من ذلك «أن هبة رقبة الملك، كما هي الحال في القضية الراهنة، لصالح ولد في سن سبعة عشر شهراً، لا يمكن تحليلها بأنها تشكل باتة، وأن العمل الموصوف على هذا النحو هو وهمي بالنظر إلى المادة *L.64*» من كتاب الإجراءات الضريبية «وأن للعملية الطابع الحقيقي لمجرد هبة»[3].

ويمكن، بداهة، التفكير في أن العقد ليس وهمياً ولم تكن ثمة صورية وأن وصفه، لغايات ضريبية هو الذي كان غير صحيح، وكان يكفي إثبات وصفه الصحيح لكي يستنتج منه أن النفع الضريبي المرتبط بوصف الباتة كان مرفوضاً بصواب[4].

على أن الغرفة التجارية حرصت على بيان «أن إدارة الضرائب، عندما تنازع في وصف عقد مسجل، تعتبر هذا العقد غير محتج به ضدها لأنه يخفي مداه الحقيقي عن طريق بنود

---

(1) انظر بصورة خاصة J.FLOUR et J.L. AUBERT المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 386، صفحة 320 وصفحة 321 ـ H.- L et F.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 942، رقم 821. قارن بـ Ph. MALAURIE et L.AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 625، صفحة 342.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130. انظر بالمعنى عينه، مع الصيغة ذاتها، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 آذار 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 83، بالنسبة إلى بيع يخفي هبة مستترة لصالح ابن أخ زوجته.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 120، صفحة 79.

(4) انظر الرقم 115 السابق حول سلطة القاضي في إعادة وصف العقود.

تؤدي إلى رسوم تسجيل أقل ارتفاعاً، وأن هذه الإدارة، باعتماد وصف آخر، تتوخى إعادة الطابع الحقيقي للعملية المنازع فيها». وأضافت «أن التقويم، منذ ذلك الحين، يدخل في توقعات المادة L.64 من كتاب الإجراءات الضريبية، حتى ولو لم يكن إبلاغ التقويم لا يستند إلى هذا النص، وأن الإدارة، حسب صياغة هذا النص السابقة لقانون 8 تموز 1987 المطبق في القضية، في غياب مراجعة اللجنة الاستشارية لقمع التصرف في استعمال الحق، كانت ملزمة بإثبات أن العقد كان وهمياً، أي أن هدفه التملص من الضرائب التي من المفروض أن تتناول العملية الحقيقية».

535 ـ الغير والأشخاص الممثلون.

الكتب المضادة التي تجري عن طريق ممثِّل يحتج بها بالطبع ضد الشخص الممثَّل. فالكتاب المضاد للوكيل يمكن هكذا التمسك به ضد الموكل[1]، والكتاب المضاد للوصي ضد القاصر الذي أصبح راشداً[2] والكتاب المضاد للزوج ضد زوجته التي قبلت شيوع الأموال بين الزوجين[3].

وذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 22 شباط 1983[4]، بأن «الكتب المضادة الصادرة عن ممثِّل يحتج بها ضد الشخص الممثَّل» لكي تستبعد في القضية أي تمثيل للزوج من قبل زوجته في ظل شيوع الأموال بين الزوجين.

وبالعكس، في حالة تسخير الأشخاص بلا علم الفريق الآخر، يكون هذا الفريق الآخر بالطبع غيراً بالنسبة إلى الصورية.

وتكون المسألة أدق عندما يكون الغير على علم بأن شريكه الظاهري في التعاقد يمثل في الواقع شخصاً آخر[5].

وحكمت الغرفة المدنية في محكمة النقض، بعد بعض الأحكام المترددة، في 8 آذار 1893[6]، «بأن الكتب المضادة ليس لها مفعول ضد الغير، وأن كلمة غير تشمل هنا جميع الذين لم يشاركوا في الكتاب المضاد». إن السيدة Rambure استنتجت من هذا الحكم أنه من المناسب التفريق بين مجرد معرفة صفة المسخَّر بالسماح للفريق الآخر بالتمسك بصفة الغير، ومشاركته في الصورية التي تمنع عليه ذلك. إن غرفة العرائض في محكمة النقض

---

(1) حكم محكمة استئناف بوردو، 25 تموز 1826، الاجتهاد العام، V الوكالة رقم 402 ـ 4.

(2) حكم غرفة العرائض، 29 تشرين الثاني 1830، الاجتهاد العام V الموجبات، رقم 3194.

(3) حكم غرفة العرائض، 12 تموز 1932، S.1932، 1، صفحة 364.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 62؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20159، تعليق J.- P.VERSCHAVE.

(5) انظر حول هذه المسألة التحليل الكامل للسيدة D. Rambure، في تعليقها على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 نيسان 1982، D.1986، صفحة 233.

(6) D.P.93، 1، صفحة 243.

كانت في هذا الاتجاه، في 25 كانون الثاني 1864[1] إذ حكمت بأنه «من قليل الأهمية، عندما يقيم الموكل مسخّره سيداً مطلقاً تجاه الغير، أن يكون الغير الذي تعامل مع المسخّر باسمه الشخصي على علم بصفة المسخّر».

وسار حكم، منذ وقت أقرب، صادر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة في 11 شباط 1981[2]، في هذا الاتجاه إذ رفض صفة الغير لأحد المصارف بملاحظة أنه «قبل، إن لم يكن قد أوصى، أن يعطى الاعتماد المعدّ في الحقيقة لزبونه عن طريق مسخّر وأن الصورية كانت ثابتة بين الفرقاء المتعاقدين الثلاثة، وأنه ينتج عن ذلك أن هذه الصورية لم يكن من الممكن أن تعطي صفة الغير».

ورفضت الغرفة التجارية في محكمة النقض، بصورة أكثر تقييداً أيضاً، في 27 حزيران 1973[3]، صفة الغير للفريق الآخر ومنعته الاستفادة من الظاهر، وإنما لأنه كان على علم بأن الشريك في التعاقد تصرف بصفة مسخّر لوالده. ويبدو هنا أيضاً أن ثمة مشاركة للفريق الآخر في الصورية.

وبالمقابل، نقضت الغرفة ذاتها، في 26 نيسان 1982[4]، حكماً رفض دعوى المدعية لدفع مبلغ ضد إحدى الشركات بحجة «أنها لم تكن تجهل أن هذه الشركة لم تتعاقد معها إلاّ بصفة مسخرة». وحكمت «بأن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن المسخر ملتزم شخصياً ومباشرة تجاه من تعاقد معه بهذه الصفة، مع أن هذا الشريك في التعاقد عرف بصفته، لم تعط حكمها الأساس القانوني».

من الممكن التوفيق بين هذا الحكم والحكم السابق للغرفة نفسها، بملاحظة أنه لم يتم، في القضية الثانية، بخلاف الأولى، تعيين أن المدعى كان على علم أيضاً باسم المتعاقد الحقيقي. وبما أن اسم هذا الأخير كان معروفاً من الفريق الثاني، فإن هذا الفريق الثاني لم يكن غيراً بالنسبة إلى الصورية التي لم تكن موجودة بالنسبة إليه. وبالمقابل، إذا كان يعرف فقط أن شريكه الظاهري في التعاقد كان يمثل غيراً يجهل هويته، فلن يكون هناك مسخّر وإنما إعلان للحائز الحَقيقي الذي يسمح له بمقاضاة فاعل هذا الإعلان مباشرة. على أن الأمر يتعلق، في الواقع، بصورية تهدف إلى كتمان وجود علاقات عقدية بين الفريق المدعي الذي كان يصدر، بصورة رئيسية، إنتاجه إلى البلدان العربية في الشرق الأدنى، وشركة إسرائيلية ومن المسموح به بالتالي التفكير في أنه كان، في الواقع هنا أيضاً، قد شارك في الصورية. إن حكم 26 نيسان 1982 كان، بهذه الصفة، موضوع نقض بصواب[5]. وبالفعل ليس ثمة أي

(1) D.P.64، 1، صفحة 282.

(2) استشهدت به السيدة D.Rambure، التعليق المذكور سابقاً.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 204.

(4) النشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 121؛ وبناء على إحالة حكم محكمة استئناف شامبيري، 15 تشرين الأول 1984، D.1986، صفحة 233، تعليق D.RAMBURE.

(5) انظر D.RAMBURE، التعليق الآنف الذكر.

سبب يؤخذ به لحماية فريق شارك في صورية لا يمكن، من أجل ذلك، الاستفادة منها.

وفي هذا الاتجاه أصدرت الغرفة المدنية الثالثة حكمها الأحدث في 8 تموز 1992، في ظروف واقعية خاصة[1]. كان أحد الأشخاص، في هذه القضية، وقد تصرف باتفاق تام مع مؤسسة مصرفية، قد باع عقاراً مكتسب ملكية أبرم، من أجل تمويل العملية، مع هذه المؤسسة، عقد قرض وإنما أيضاً اتفاقية عن طريق مسخر مع البائع، في سبيل أن يستفيد البائع في نهاية المطاف من مبلغ القرض، وتمسك المصرف الذي خسر دعواه التي أقامها ضد المسخّر لضمان تسديد مبلغ القرض في طعنه بأن المسخر يجب أن يكون شخصياً ومباشرة ملتزماً تجاهه، حتى ولو كان على علم بصفته، عندما لا يكون للكتب المضادة مفعول ضد الغير. وردت محكمة النقض هذا الطعن بحجة «أن محكمة الاستئناف، أخذت بسيادة، بأن CGIB [المصرف] اشترك بتبصر في صورية الإيضاحات التي يدعو توثيقها إلى الثقة، واستنتجت من ذلك بصواب أن المصرف ليس بإمكانه الإفادة من العقد الجليّ ضد الأشخاص الذين تصرفوا بصفة مسخّرين».

536 ـ الخلفاء بصفة كلية.

المقصود الورثة والموصى لهم بصفة كلية، وكذلك الزوجة في ظل شيوع الأموال بين الزوجين. وهم، عندما يصبحون حائزي ذمة أحد الفريقين المالية بكاملها أو قسم منها، ملزمون بتعهدات هذا الفريق، ولاسيما أن عليهم مراعاة العقد السري[2].

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 21 أيار 1979[3]، «بأن محكمة الاستئناف ردت بصواب الدعوى المبنية على زهادة ثمن البيع المزعومة طالما (. . .) أن السيدة Donadieu التي ليست غيراً، وإنما هي خلف بصفة كلية للواهبة كانت مرتبطة بنصوص العقد السري».

بيد أنه يجب الحذر من أن الأمر ليس على هذا النحو إلاّ أن يقاضي الخلفاء مطالبين بحق كان يعود إلى مورثهم. وبالمقابل، إذا تمسكوا بحق خاص بهم أصابه الغبن بالصورية كان لهم تجاه هذه الصورية صفة الغير. والأمر على هذا النحو بصورة خاصة بالنسبة إلى الورثة أصحاب الحصص المحفوظة الذين يطلبون تخفيض هبة مستترة[4].

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تموز 1992، النشرة المدنية، III، رقم 246، صفحة 151؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، II، 21982، تعليق WIEDERKHER؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 352، رقم 8، ملاحظة J.MESTRE.

(2) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 137، رقم 141.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 112، صفحة 84؛ D.1979، صفحة 472 من التقرير.

(4) انظر النقض المدني، 10 أيار 1905، D.P.1908، 1، صفحة 276؛ S.1906، 1، صفحة 92 ـ حكم غرفة العرائض، 11 كانون الأول 1918، S.1921، 1، صفحة 308 ـ حكم غرفة العرائض، 2 تموز 1922، S.1932، 1، صفحة 105 ـ النقض المدني، 11 نيسان 1927، S.1927، 1، صفحة 262 ـ 5 حزيران 1950، S.1951، 1، صفحة 138 ـ 13 آذار 1951، النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 74 ـ وكذلك، بالنسبة إلى إعادة التبرعات كمقدم الإرث، بالمعنى عينه: النقض المدني، 10 أيار 1905، D.1908، 1، =

وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 24 تشرين الأول 1987[1]، «بأن دعوى الرفاق Malpel الذين يتمسكون فيها بالصورية من أجل الحصول على تخفيض الهبات تشكل حقاً خاصاً بهم، واستنتجت محكمة الاستئناف من ذلك بصواب أن التقادم (مرور الزمن) لم يبدأ في السريان إلاّ من اليوم الذي كانت للورثة أصحاب الحصص المحفوظة إمكانية ممارسة هذا الدعوى، أي من يوم وفاة مورثهم».

537 ـ الخلفاء بصورة خاصة.

يعتبر الذين يبرمون عقداً وقد وثقوا بالعقد الظاهري واعتمدوا على الوضع الذي أنشأ أنهم من الغير بالنسبة إلى الصورية. وهذا هو حال الذين اكتشفوا حقوق المالك الظاهري العينية[2]. وهكذا لمكتسب الملكية الثاني لحصص إحدى الشركات المدنية الذي كان يجهل الطابع الوهمي للتنازل الأولي الحق في التمسك بالعقد الجليّ، ذلك بأن الكتاب المضاد غير محتج به تجاهه[3]. كما أن المتنازل له عن دين بإمكانه الإفادة من المادة 1321 من القانون المدني[4].

ودائنو الفريقين المرتهنون العقاريون هم غيرٌ أيضاً بمعنى المادة 1321 من القانون المدني[5].

= صفحة 276؛ S.1904، 1، صفحة 92. انظر حول البيّنة الرقم 560 اللاحق. وعلى نقيض ذلك، حكم غرفة العرائض، 2 آذار 1904، D.1904، 1، صفحة 615؛ S.1904، 1، صفحة 260. انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 136 وما يليها، رقم 141 وما يليه ـ J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، الأرقام 44 إلى 48، صفحة 286 وصفحة 287 ـ H.-. L. et J.MAZEAUD, Leçon de droit civil، الجزء IV، المجلد الأول، الإرث ـ التبرعات، الطبعة الرابعة، 1982، تأليف A.BRETON، صفحة 435، رقم 337، التعليق 3 والصفحة 438، الرقم 340 ـ J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 171، الفقرة 85؛ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 525، صفحة 397، التعليق 2 ـ G.MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 316، رقم 306.

(1) النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 221.

(2) حكم غرفة العرائض، 22 أيار 1900، S.1901، 1، صفحة 144 ـ حكم غرفة العرائض، 16 آذار 1887، S.90، 1، صفحة 301 ـ النقض المدني، 25 شباط 1946، D.1946، صفحة 254؛ S.1946، 1، صفحة 87؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1946، صفحة 222، ملاحظة H et L. MAZEAUD، M. PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN صفحة 433، رقم 337 ـ M. DAGOT، الأطروحة السالفة الذكر، صفحة 143، رقم 148.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 حزيران 1966، النشرة المدنية، I، رقم 322، صفحة 278.

(4) حكم غرفة العرائض، 25 حزيران 1835، الاجتهاد العام V البيع، رقم 1831 ـ 20 ـ 22 شباط 1953، D.P.54، 5، صفحة 597 ـ النقض المدني، 15 أيار 1944، D.1944، صفحة 86.

(5) انظر النقض المدني، 23 شباط 1835، الاجتهاد العام، V الموجبات، رقم 3204 ـ 1°. ـ 30 آذار 1836، المرجع عينه V، الامتيازات والرهونات العقارية، رقم 1206. وكذلك حكم محكمة استئناف ليون، 3 نيسان 1851، D.P.55، 2، صفحة 12 ـ حكم محكمة استئناف غرونوبك، 19 كانون الثاني 1897، =

538 ـ الدائنون العاديون.

دائنو الفريقين العاديون الذين غالباً ما توجه ضدهم الصورية هم أيضاً من الغير بمعنى المادة 1321 من القانون المدني. والاجتهاد[1] والفقه[2] مجمعان حول هذه النقطة.

على أن ثمة تساؤلاً عما إذا كان الدائن العادي يمكن كذلك أن يكون ملزماً تجاه الغير عندما يمارس الدعوى غير المباشرة من أجل الإفادة من حق يعود إلى أحد الفريقين الذي هو مدينه. الفقه منقسم[3]. والاجتهاد يرفض أن يعتبر الدائن من الغير[4].

= D.P. 99، 2، صفحة 17. ـ حكم محكمة استئناف ليموج، 15 تموز 1899، D.P.1902، 1، صفحة 55. لم يكن ثمة ما يدعو إلى التفريق تبعاً لمصدر الرهن العقاري. وقد جرى الحكم بأن الرهن العقاري القانوني بالنسبة إلى الزوجة يطال عقارات كان الزوج قد اكتسب ملكيتها كسمخّر لشخص ثالث الذي كان المالك الظاهري في آونة الزواج: حكم محكمة استئناف ليموج، 14 تشرين الأول 1910، D.P.1911، 2، صفحة 393، تعليق J.MAGNOL.

(1) حكم غرفة العرائض، 15 تموز 1896، D.P.97، 1، صفحة 460 ـ النقض المدني، 8 آذار 1893، D.P.93، 1، صفحة 243؛ S.93، 1، صفحة 193 ـ حكم غرفة العرائض، 3 كانون الثاني 1883، D.P.83، 1، صفحة 416 ـ النقض المدني، 29 حزيران 1881، D.P.82، 1، صفحة 106 ـ حكم غرفة العرائض، 15 شباط 1879، D.P.79، 1، صفحة 401 ـ 18 آب 1874، D.P. 75، 1، صفحة 123 ـ 5 تموز 1870، D.P.72، 1، صفحة 71 ـ النقض المدني، 11 أيار 1853، D.P. 53، 1، صفحة 297 ـ 16 كانون الأول 1840، الاجتهاد العام، V الموجبات، رقم 3204 ـ 30.

(2) انظر F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 525، صفحة 397 ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 997، صفحة 419 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 625، صفحة 343 ـ S.FLOUR et J.- L. AUBERT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 386، صفحة 321 ـ H.- L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 820، صفحة 941 وصفحة 942 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 305، صفحة 315 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P.ESMEIN، رقم 337 ورقم 340 ـ Ch. AUBRAY et Ch. RAU, Cours de droit civil français، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756 مكرر، صفحة 203 ـ Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، الجزء VI، رقم 344 وما يليه. بالإضافة إلى M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 147، رقم 151.

(3) انظر اعتبار الدائن من الغير: Ch. BEUDANT, Cours de droit civil français، الجزء IX، العقود والموجبات، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 980، صفحة 70 وصفحة 71 ـ F.DAVID, De l'action en déclaration de simulation، أطروحة في بواتييه، 1921، صفحة 42 ـ انظر في الاتجاه المناقض: F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 398 ـ B.STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 997، صفحة 419، التعليق 185 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 825 ـ G. MARTY et Ph. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 306 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 438، رقم 340 ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه.

(4) النقض المدني، 15 أيار 1914، D.1916، 1، صفحة 72 ـ حكم محكمة استئناف تولوز، 22 أيار 1874، D.P. 1875، 2، صفحة 163؛ S.74، 2، صفحة 153 ـ حكم غرفة العرائض، 23 أيار 1870، D.P. 71، =

ويمكن بالطبع الاعتبار أن الدائنين لم يكن من الممكن تمثيلهم بمدينهم عندما يقوم هذا المدين بعمل يجعله طابعه السري مشتبهاً به تجاههم. وبالمقابل جرى بيان أن الدائن المستفيد من المادة 1166 من القانون المدني يمارس الدعوى عينها التي تعود إلى مدينه، فهو لا يجوز أي حق خاص به. ويجد نفسه في وضع مدينه نفسه الفريق في العقد الصوري. فليس في وسع الدائن إذاً إقامة الدعوى غير المباشرة[1]. بيد أن محكمة النقض قبلت أن الدائن الذي يمارس الدعوى غير المباشرة يتصرف أيضاً باسمه الخاص ولمصلحته الشخصية[2]. وكان من المسموح به التفكير في أن هذا التطور كان من شأنه جعل الاجتهاد السابق عديم المفعول. فالدائن الذي يمارس حقاً خاصاً به يمكن اعتباره من الغير بالنسبة إلى الصورية التي لم يشارك فيها.

غير أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، في 12 تشرين الأول 1982، استناداً إلى المادتين «1166 و1321 من القانون المدني» من حيث المبدأ، «انه ينجم عن التنسيق بين هذين النصين أن الكتاب المضاد، في حالة الصورية، يحتج به في وجه دائني من قام بالتسجيل الذين يقاضون عن طريق الدعوى غير المباشرة فيمارسون جميع حقوق مدينهم ودعاواهم»[3]. ثم طبّقت هذا المبدأ في حالة معقدة إلى حد ما تشهر صورة مفيدة للعلاقات بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية ودعوى إعلان الصورية، وسيتم إذاً تفحّصها في هذه المناسبة[4].

إن العقد السري لا يحتج به تجاه الغير المحدد على هذا النحو، في حين أن بإمكانه الإفادة إما من العقد الظاهري، وإما من هذا العقد كما جرى تعديله بموجب العقد السري.

ب ـ لاحجية العقد السري تجاه الغير:

539 ـ تنجم لاحجية العقد السري تجاه الغير عن الأحكام الشكلية للمادة 1321 من القانون المدني.

يمكن تقديم هذه اللاحجية «كقاعدة بديهية، إذ لا يمكن أن يرى الغير نفسه قد تم الاحتجاج في وجهه بوجود كتاب مضاد كان مجهولاً منه كمسلّمة»[5]: وجهل الوضع الواقعي

= 1، صفحة 109؛ 1، صفحة 151 ـ حكم محكمة استئناف غرونوبل، 23 شباط 1835، الاجتهاد العام، V، الموجبات، رقم 3204 ـ 1.

(1) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 148، رقم 152.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1970، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16920، تعليق M.D.P.S.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 244؛ مجلة قصر العدل، 1983، صفحة 88 من الموجز، ملاحظة J.DUPICHOT.

(4) انظر الرقم 554 اللاحق.

(5) B. STARRK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، صفحة =

أو القانوني لا يمكن أن يكون مصدر حق إلا ضمن بعض الشروط. وهناك توافق اليوم على أن لاحجية العقد السري هذه تطبيق خاص لنظرية الظاهر[1]. بيد أن هذه النظرية في وسعها تفسير القانون الوضعي بالكامل. وينبغي أيضاً الأخذ في الحسبان أنه من المهم معاقبة إرادة إنشاء ظاهر كاذب يميز الصورية[2]، حتى ولو كانت دوافع فاعلي الصورية هي صحيحة، مما يسوّغ مراعاة إرادتهم الحقيقية بينهم إلا أنهم أنشأوا إرادياً وضعاً كاذباً توخوا الاستفادة منه. ومما هو قابل للفهم في هذه الظروف أن يكون ثمة تطلب أقل للسماح للغير بالإفادة من الظاهر الناشيء على هذا النحو. وكان الأمر، على الأقل، على هذا النحو في العلاقات مع فاعلي الصورية[3].

إلا أن الأمر لا يتعلق بدعوى المسؤولية؛ فليس على الغير تسويغ أي ضرر. ويكفي أن يكون بإمكانه التمسك بمصلحة مشروعة[4].

وقد ذكّرت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 25 نيسان 1977، «بأن إدارة الضرائب لها الحق في استيفاء رسوم التسجيل حسب اشتراطات العقود وحدها الخاضعة لها بدون أن يكون عليها الأخذ في الحسبان الاتفاقيات التي تمت لتكون مستترة بالنسبة إليها». والحل مبني على المادة 636، الفقرة 2، من القانون العام للضرائب، بيد أنه أيضاً متوافق مع القانون العام[5].

وصدر عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 31 كانون الثاني 1989، حكم نقض لانتهاك المادة 1321 من القانون المدني، في قضية دفع فيها مؤمِّن كاتب عدل، أي شركة M.G.F.A، دين شركة ضد مستخدمته السابقة لوضع نهاية لدعوى هذه الشركة

= 419، رقم 996. ـ G. MARTY et Ph. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 305، رقم 314.

(1) انظر بصورة خاصة H. L. et J. MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثانية، تأليف F. CHABAS، صفحة 936، رقم 810 وصفحة 946، رقم 829 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 823.

(2) انظر F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 397 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 434، رقم 337 ـ J. D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 263.

(3) انظر الرقم 544 اللاحق، حالة المنازعة بين الغير.

(4) H. L. et J.MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 942، رقم 822 ـ النقض المدني، 8 آذار 1893، D. 93، 1، صفحة 243. وكذلك H., L. et J.MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 937، رقم 810، التعليق 3، الاستناد إلى حكم أول آذار 1938، (D.H. 1938، صفحة 259؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1938، II، 900، تعليق R. DALLANT)، رفض إفادة الغير من العقد الظاهري عندما يكون هدف الصورية الاحتيال على القانون، والمناقشة لم تتم، في الحقيقة، على صعيد الصورية وإنما على صعيد المادة 2125 من القانون المدني؛ انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 165، صفحة 164.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 98.

بهدف التحقق من أن مستخدمته السابقة وليس شقيقتها هي التي جعلت نفسها مكتسبة ملكية عقار أعيد بيعه للغير، الزوجين Bignebat، بواسطة الكاتب العدل المؤمَّن. وحكمت بأن«M.G.F.A»، في الظرف هذا وبكونها قد حلّت محل الزوجين في حقوقهما»، أي الغير مكتسب الملكية، «الذي استفاد، في الإجراء الأوّلي، من العقد الظاهري، وكان يحق له اعتبار Elsa Bonaldo»، شقيقة المستخدمة السابقة، «مدينته، كان يحق لها أيضاً اعتبارها بهذه الصفة»[1].

إن الأمر، حسب السيد Mestre، لم يكن متعلقاً هنا إلاّ بمجرد إمكانية الحالّ الذي بإمكانه، إذا كانت مصلحته كذلك، أن يختار النوع الثاني من الخيار. ويجد في ذلك، بكونه بديلاً عن المُحَلّ في حقوقه، بالفعل، في الوضع الصحيح الذي كان يشغله المحَلّ في الأصل، على أنه يبقى أن من الممكن التساؤل عما إذا كان المُحلّ ذاته بإمكانه تعديل اختياره الأول خلال الإجراء حسب المصالح المتقلبة. والحالّ، في الحالة السلبية التي تبدو معقولة، ينبغي أن لا يحوز إمكانية تعديل الخيار الأولي الذي لم يعد يملكه المُحلّ عند الحلول.

والغير، حسب حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض[2]، لن يكون مسموحاً له بإعادة النظر في المدفوعات التي تمت استناداً إلى الكتاب المضاد[3]. إن المسألة بكاملها، في الحقيقة، هي، في الواقع، تقدير ما إذا كان تنفيذ الكتاب المضاد قد وضع نهاية للظاهر الخادع الذي هدف إلى إنشائه. والغير، في الحالة السلبية، وهذا ما كانت عليه حال القضية التي أفسحت في المجال لحكم 3 تموز 1882، يجب أن يجاز له الإفادة من الظاهر[4].

والغير الذي يتوخى الإفادة من العقد الظاهري يجب أن يكون حسن النية. وهذا يعني أنه يقتضي أن لا يكون على علم، في الواقع، بالصورية، وكذلك أن لا يكون في وضع كان من الواجب أن يعرفه، ولا سيما بسبب العلنية التي يمكن أن تكون الصورية موضوعها.

540 ـ الغير على علم بالصورية.

الكتاب المضاد الذي لم يغب عن ناظر الغير يحتج به ضده[5]. ويعود إلى فاعل

---

(1) النشرة المدنية I، رقم 52، صفحة 34؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، رقم 16، صفحة 544، ملاحظة J. MESTRE.

(2) 3 تموز 1882، S.82، 1، صفحة 459؛ D.83، 1، صفحة 252.

(3) انظر في هذا الاتجاه Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756، صفحة 202 ـ VIGOUROUX, De le simulation dans les actes، المجلة العامة للقانون، 1889، صفحة 312 ـ وعلى نقيض ذلك D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité، أطروحة في باريس، 1929، صفحة 218 وما يليها.

(4) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 162، رقم 164.

(5) حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 14 حزيران 1966، النشرة المدنية، IV، رقم 227، صفحة 204. ـ الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1953؛ النشرة المدنية III، رقم 216، صفحة 152 ـ حكم الغرفة العرائض، 15 تموز 1896، D.97، 1، صفحة 460 ـ النقض المدني، 8 آذار 1893، D.P. 93، 1، =

الصورية، باعتبار حسن النية مفترضاً، إقامة إثبات هذه المعرفة[1].

541 ـ كان على الغير معرفة الصورية.

ليس على الغير، على عكس المبادىء التي تسوس نظرية الظاهر، أن يثبت غلطاً لا يقهر أو هو مشترك. على أن بعض الأحكام يبين غلطاً كهذا[2]. بيد أن هذا التحقق ليس ضرورياً للسماح للغير بالإفادة من العقد الظاهري. ويكفي أن يكون الغير جاهلاً الصورية ولم يكن عليه معرفتها.

وقد طرحت المسألة عندما يكون الكتاب المضاد موضوع علنية مفروضة لحجيته ضد الغير. وحكمت محكمة النقض، في مادة الحقوق العينية العقارية، بأنه إذا كان الكتاب المضاد الذي يحقق نقلاً قد جرى تسجيله فهو يحتج به ضد الغير الذي كان له حق خاضع للتسجيل ولم يقم بتوفير علنيته إلاّ بعد تسجيل الكتاب المضاد[3]. غير أنه يبدو أن الغرفة المدنية، بعد أن أكدت ضرورة التوفيق بين الأحكام حول العلنية العقارية مع أحكام المادة 1321، طبقت في النهاية الأحكام الأولى[4] بلا قيد أو شرط. والمسألة كلها هي معرفة ما إذا كان الكتاب المضاد بالنظر إلى العلنية، يمكن أن يعتمد عقداً مستتراً في نظر الغير في الآونة التي اكتسب فيها حقه. وفي حال التأكيد لا يمكن أن يكون محتجاً به ضده.

= صفحة 243 ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 526، صفحة 397 ـ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 822، صفحة 943 ـ G. MARTY et Ph. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 315، رقم 305 ـ Ch. LARROUMET, المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 824 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN رقم 337، صفحة 435 ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756، صفحة 225 ـ Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، الجزء VI، رقم 347، صفحة 296 وصفحة 297.

(1) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 152، رقم 158 ـ P. NAUT, Effet des actes juridiques simulés، أطروحة في باريس، 1951.

(2) طبع على الآلة الكاتبة، رقم 54.

انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 156، رقم 160: الاستشهاد بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 10 حزيران 1953، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 7908، تعليق D. BASTIAN؛ النقض المدني، 2 شباط 1959، مصنف الاجتهادات الدوري 1960، II، 11456، تعليق P. ESMEIN؛ 3 آذار 1963، D 1964، صفحة 306، تعليق J. CALAIS- AULOY؛ S.1964، 1، صفحة 1، تعليق A.PLANQUEEL؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، II، 13502، تعليق J.MAZEAUD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، صفحة 346، ملاحظة J.- D. BREDIN.

(3) النقض المدني، 18 أيار 1897، D.P. 97، 1، صفحة 505، تعليق P. DE LOYNES؛ S.98، 1، صفحة 225، تعليق A. TISSIER.

(4) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 153، رقم 159.

ج ـ إمكانية الغير في التمسك بالعقد السري.

542 ـ للغير إمكانية التمسك بالعقد السري ضد الفريقين. والمسألة أدق عندما يكون في نزاع مع غير آخر يستفيد من العقد الظاهري.

543 ـ بإمكان الغير التمسك بالعقد السري ضد الفريقين.

تستنتج هذه الإمكانية من المادة 1321 من القانون المدني التي تنص على أن الكتب المضادة «ليس لها مفعول ضد الغير». ويستنتج من ذلك، استدلالاً بالضد، إن في استطاعته الإفادة منه.

كانت الدعوى ترجع في القرن التاسع عشر إلى تطبيق الدعوى غير المباشرة (المادة 1166 من القانون المدني)، أو إلى الدعوى البوليانية (المادة 1167 من القانون المدني)، أو أيضاً إلى حق الرهن العام للدائنين العاديين. إن الدائنين، في الواقع، هم الذين لهم في أغلب الأحيان الإفادة من العقد السري عندما تهدف الصورية، ظاهرياً، إلى إخراج مال من ذمة مدينهم المالية. وتنزع دعواهم عند ذلك إلى الالتباس مع الدعوة البوليانية أو الدعوى غير المباشرة[1]. بيد أن دعوى اعلان الصورية لا تلتبس مع الدعوى غير المباشرة أو الدعوى البوليانية[2]. ويمكن، فضلاً عن ذلك، أن يمارسها غير دائني الفريقين.

وتكون الإمكانية المعطاة للغير في الإفادة من العقد السري أحياناً مبنية على هاجس معاقبة فاعلي الصورية بالسماح للغير في الاختيار، في الأحوال جميعاً، بين العقد الظاهري والعقد السري اي بالوضع الأكثر نفعاً له. بيد أن هذا الإسناد إلى المعاقبة إذا كان من غير الممكن استبعاده تماماً لا يبدو أنه ضروري، فالغير في وسعه الإفادة من العقد السري لأن هذا العقد السري هو الذي يعبر عن الاتفاقية المبرمة بين الفريقين، وهو الذي تخصص له الفعالية القانونية المعترف بها بين الفريقين في المادة 1134 من القانون المدني للاتفاقيات المكونة شرعاً. وما يستوجب تسويغاً هو الإجازة المعطاة للغير في الإفادة من مجرد الظاهر الناتج عن الصورية. وبإمكان الغير، بالمقابل، التمسك بالحقيقة لأنه من غير المسموح به للفريقين إنشاء حقيقتين، إحداهما مخصصة للغير والثانية لهما شخصياً. فالحقيقة هي واحدة وكل واحد بإمكانه الإفادة منها عندما تكون له مصلحة فيها.

---

(1) انظر بصورة خاصة حكم غرفة العرائض، 27 تشرين الثاني 1855، D.56، 1، صفحة 27؛ S.56، 1، صفحة 432، وفيه يطالب دائنو البائع، عن طريق دعوى غير مباشرة، الشاري بتكملة الثمن الموعود به لدائنهم في كتاب مضاد.

(2) انظر الرقم 553 اللاحق وما يليه.

إن الحل مقبول بالإجماع، في الفقه[1] أو في الاجتهاد[2].

وكما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 19 حزيران 1984[3]، في تعابير مبدئية، «ينجم» عن المادة 1321 من القانون المدني «إن للغير، في حالة الصورية، عندما تكون له مصلحة فيها، الحق في الإفادة من العقد السري». واستنتجت من ذلك أن بإمكان أرملة الإفادة من كون أحد بناتها كانت مسخرة لأبيها عند البيع في مزايدة عقار مشترك بناء على طلب الدائنين المرتهنين العقاريين، بحيث أن زوجها «كان المكتسب الحقيقي لملكية المال». وأضافت أن محكمة الاستئناف، تطبيقاً للمادة 12، الفقرة الأولى، من قانون الإجراء المدني الجديد، «وقد روجعت، بدعم إدعاء يتزع الى اعادة العقار المنازع فيه الى الكتلة المعدة للتقسيم، بوسيلة الصورية التي تمت عن طريق تسخير الأشخاص، كانت ملزمة بتطبيق المادة 1321 من القانون المدني، وذلك ولو لم يتم التمسك صراحة بهذا النص».

وفي وسع مكتسب ملكية عقار خلف البائع بصفة خاصة، إذا كان العقار المباع مؤجراً وإذا كان ثمة كتاب مضاد بين البائع والمستأجر يزيد مبلغ بدل الإيجار الظاهري، الإفادة من هذا الكتاب المضاد ومطالبة المستأجر بكامل بدل الإيجار المتفق عليه فعلياً[4]. كما أن

---

(1) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 528، صفحة 399. - Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345 - B. STARCK، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 998، صفحة 420. - H., L. et J.MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، صفحة 936، رقم 810، وصفحة 943، رقم 823 - G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية صفحة 316، رقم 306 - M. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 610، وما يليه - M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 436، رقم 338 - Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756 مكرر، صفحة 257 - Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء IX، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 979، صفحة 70، إضافة إلى M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 283، رقم 289 - J. ROUSSEAU, Essai sur la notion juridique de simulation، أطروحة في باريس، 1936، رقم 2، صفحة 2، وصفحة 3 - F. DAVID, De l'action en déclaration de simulation، أطروحة في پواتييه، 1921، صفحة 9.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 حزيران 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 752، صفحة 557 - حكم غرفة العرائض، 25 نيسان 1939، مجلة قصر العدل، 1946، 1، صفحة 186؛ S.1946، 1، صفحة 87؛ D.1946، صفحة 254؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1946، صفحة 222، ملاحظة H. et L. MAZEAUD - النقض المدني، 11 نيسان 1927، S.1927، 1، صفحة 262 - 2 نيسان 1924، S.1927، صفحة 36 - حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1891، S.94، 1، صفحة 78؛ D.94، 1، صفحة 151 - 23 تموز 1888، S.89، 1، صفحة 243 - 16 آذار 1887، S.90، 1، صفحة 301 - 5 نيسان 1880، S.81 1، صفحة 31 - 25 تموز 1864، S.64، 1، صفحة 452 - 20 آذار 1832، S.32، 1، صفحة 442.

(3) النشرة المدنية، 1، رقم 205، صفحة 172؛ مجلة قصر العدل، 1985، بانوراما، صفحة 87، ملاحظة A.PIEDELIÈVRE.

(4) النقض المدني، 25 شباط 1946، المذكور سابقاً.

مكتسب ملكية ريفية معطاة للمزارعة (بالشراكة) بإمكانه التمسك بالكتاب المضاد بين المؤجر الأصلي والمزارع بالشراكة الذي يزيد مبلغ حصة المؤجر الحقيقة[1]. وأخيراً في وسع دائني شخص اكتسب ملكية مال تحت غطاء شركة وهمية الحصول على إعادته إلى ذمة مدينهم المالية[2].

وإدارة السجل العقاري بإمكانها بالطبع، كما سبق أن رأينا[3]، إظهار الطابع الحقيقي للعقود، على سبيل المثال بيان أن المقايضة تخفي البيع[4]. غير أن مجرد واقعة التحقق من وجود اتفاقية مستترة تعدل العقد الظاهري لا يكفي لتمييز صورية بيع مؤسسة تجارية، على سبيل المثال، تحت ظاهر إجارة إدارية، وينبغي كذلك اللجوء إلى تحليل معمق للموجبات الناتجة عن الكتاب المضاد[5].

وقد بينت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 17 تشرين الأول 1989[6]، «أن السيد Buessard الذي أراد، عقب تصفية سابقة للأموال، استعادة النشاط عينه عن طريق مسخّر، كان المنشط الحقيقي لمؤسسة France amélioration confort التي أنشأتها زوجته، وأن الزُبُن والمورّدين لم يتصلوا إلاّ به وأن غياب نشاطين متوازيين، الأول باسم السيدة Buessard والثاني باسم الزوج، لا يشكل سوى ظاهر بالنظر إلى الالتباس بين الاستثمارين». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، في حالة هذه التحققات التي تظهر الطابع الوهمي للدور الذي تضطلع به السيدة Buessard في المؤسسة التي لم تكن سوى مسخّر للمستثمر الحقيقي، سوّغت قانوناً حكمها» القاضي بامتداد التصفية القضائية المحكوم بها على السيدة Buessard إلى السيد Buessard.

544 ـ النزاع بين مختلف انواع الغير المتمسك بالعقد الظاهري.

بإمكان الغير الإفادة من العقد السري ضد فاعلي الصورية، وكذلك ضد غير آخر سيء النية يرى أن الكتاب المضاد لم يكن مخفياً. فهل تبقى هذه الإمكانية قائمة ضد الغير حسن النية المسموح له، بهذه الصفة، بالإفادة من الظاهر الذي أنشأه فاعل الصورية؟ إن نزاعاً كهذا يمكن أن يقوم بين دائني كل فاعل صورية. وأمام بيع وهمي يكون لدائني البائع مصلحة في التمسك بالحقيقة، في حين أن دائني مكتسب الملكية يفضلون التمسك بالظاهر. وهذا النزاع

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 19 حزيران 1958، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، النشرة المدنية I، رقم 270، صفحة 228 ـ حكم محكمة استئناف روان، 6 حزيران 1973، مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 910، تعليق P.PIEDELIÈVRE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1974، صفحة 166، تعليق G.CORNU.

(3) انظر الرقم 534 اللاحق.

(4) حكم غرفة العرائض، 19 كانون الأول 1938، S.1939، 1، صفحة 87.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 47، صفحة 39.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 253، صفحة 170.

يمكن أيضاً أن يقوم بين وريث من أصحاب الحصص المحفوظة والخلف بصفة خاصة للمستفيد من هبة مستترة كان المال الموهوب قد بيع أو جرى رهنه عقارياً.

إن مبدأ سلطان الإرادة قاد في القرن التاسع عشر وفي بداية القرن العشرين إلى تغليب الحقيقة على الظاهر. ودعوى إعلان الصورية، وهي بمثابة إبطال للعقد، كانت تؤدي إذاً إلى تقويض جميع الحقوق المكتسبة على أساس العقد الظاهري[1]. إلاّ أن النزعة السائدة هي اليوم تفضيل من يتمسك بالظاهر[2].

ومنذ القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين صدرت عدة أحكام في هذا الاتجاه[3] ويبدو أن هذا الرأي كرسته الغرفة المدنية في محكمة النقض في حكم 25 نيسان 1939[4].

---

(1) انظر بصورة خاصة حكم محكمة استئناف باريس، 5 حزيران 1905، D.P. 1908، 2، صفحة 129، تعليق P. DE LOYNES، S.1907، 2، صفحة 273، تعليق A. WAHL، وبناء على طعن، النقض المدني، 13 تشرين الثاني 1912، D.P. 1913، 1، صفحة 433، تعليق P. DE LOYNES؛ S.1914، 1، صفحة 150؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1913، صفحة 215، رقم 4، ملاحظة E. LÉVY ـ النقض المدني، 29 تشرين الأول 1890، D.P. 91، 1، صفحة 76 ـ حكم غرفة العرائض، 25 كانون الثاني 1847، D. P. 47، IV، صفحة 342.

(2) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه الطبعة الخامسة، رقم 529، صفحة 400 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة رقم 629، صفحة 345 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1001 وما يليه ـ A. SÉRIAUX، المرجع عينه رقم 36، صفحة 143 وصفحة 144 ـ H, L. et J MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 943، رقم 824 ـ J. FLOUR et J.L.AUBERT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الخامسة، رقم 389، صفحة 322 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 770، صفحة 828 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 308، صفحة 318 وصفحة 319 ـ G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 607 ورقم 614 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 436، رقم 339 ـ Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء IX، تأليف G. LAGARDE et A. PERROT، رقم 982، صفحة 73 وصفحة 74 ـ Ch. AUBRY et Ch RAU، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 756، صفحة 206. وعلى نقيض ذلك J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 176، الفقرة 88 ـ A.ROUAST، تعليق على حكم المحكمة المدنية في سين، 16 تموز 1943، D.C. 1944، صفحة 19 ـ A. WAHL، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 5 حزيران 1905، S.1907، 2، صفحة 273.

(3) حكم محكمة استئناف نيم، 16 آذار 1927، D.1929، 2، صفحة 68، تعليق G. GABOLDE ـ حكم محكمة استئناف ليموج، 14 تشرين الأول 1910، D.1911، 2، صفحة 393، تعليق J. MAGNOL ـ حكم محكمة استئناف أورليان، 10 شباط 1876، D.77، 2، صفحة 113 ـ النقض المدني، 2 شباط 1852، D.52، 1، صفحة 49.

(4) D.C. 1940، 1، صفحة 12، تعليق G.L.؛ D.H. 1939، صفحة 308؛ مجلة قصر العدل، 1939، 2، صفحة 57؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1939، صفحة 790، ملاحظة H. SOLUS، أضف إلى ذلك: F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence civile، الطبعة التاسعة، 1991، رقم 96 ـ انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1944، S.1946، 1، صفحة 105، تعليق R. PLAISANT. وكذلك حكم المحكمة المدنية في سين، 16 تموز =

وفي دعوى بين دائن رهن عقاري على مكتسب الملكية وخلف ناقل الملكية، عقب النقل الوهمي لملكية عقار، حكمت «أنه في هذا الوضع، وفي وحين أن الخصمين يمارسان، في اتجاه معاكس، إمكانية الخيار التي تجيزها المادة 1321 من القانون المدني، تمكن قضاة الأساس من إعطاء التفضيل الحق الدائن المرتهن، أخذاً في الاعتبار الغلط الذي أحدثته القوة غير المرئية للظواهر في ذهن هذا المقرض حول قيمة المستند الجلي ومتانته الذي يبدو أن عليه ارتكزت الحيازة الهادئة والممتدة للمقترضين منشئي التأمين العيني».

على أنه ينبغي فهم هذا الحكم. أنه لا يعني أن الغير، على صعيد المادة 1321 من القانون المدني، الذي يستفيد من الظاهر يجب أن ينتصر دائماً إذا كان حسن النية. هناك تطلب أكثر. يقتضي، وفقاً للمبادىء العامة لنظرية الظاهر، أن يتمكن من الإفادة من الغلط الذي لا يُقهر وهذا يعني في الحقيقة أن النقاش لم يعد متموضعاً في أرضية الصورية طالما أنه ليس ثمة أي فاعل للصورية في القضية. إن القواعد التي تسوس الحقوق القابلة لإنشاء الظاهر هي وحدها المطبقة. وقد صدر حكم عن الغرفة المدنية في 3 نيسان 1963[1] طبق مباشرة المبادىء عينها، وقد غلّب، في قضية مشابهة للقضية التي أدت إلى صدور حكم 25 نيسان 1939 المذكور سابقاً، الظاهر أيضاً، وإنما بدون طرح المسألة على أرضية الصورية[2].

وبالمقابل يبدو أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض اعتمدت في 22 شباط 1983[3]، على الأرضية نفسها، حلاً مخالفاً قد طرحت بالفعل، من حيث المبدأ، عن طريق ملاحظات القاضي خلال النقاش، طالما أنها تحققت سابقاً، «إنه لم يكن ثمة خلاف بين الشركاء في الإرث (. . .) في شأن العقد الذي يجب تطبيقه طالما أنهم طالبوا جميعاً بلا حجية الكتاب المضاد»، «أن المادة 1321 من القانون المدني، حتى في حال النزاع حول

= 1943، مصنف الاجتهادات الدوري، 1945، 2، 2743، تعليق E. BECQUÉ؛ D.C.1944، صفحة 20، تعليق A. ROUAST؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944، صفحة 187، ملاحظة H. SOLUS. وفي الاستئناف محكمة استئناف باريس، 11 أيار 1945، مصنف الاجتهادات الدوري، 1945، 2، 2743، تعليق E.BECQUÉ؛ D.1947، صفحة 62، تعليق J. HAMEL؛ المجلة الفصلية للقانون المدني 1945، صفحة 201، ملاحظة H. SOLUS. وبناء على طعن، النقض المدني، 10 أيار 1949، D.1949، صفحة 277، تعليق R. LENOAN؛ S. 1949، صفحة 189، تعليق H. BULTE؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1949، II، 4972، تعليق E. BECQUÉ. انظر حول هذا الحكم وتطور الاجتهاد M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 288 وصفحة 289، رقم 294.

(1) D. 1964، صفحة 306، تعليق S. 1964, J.CALAIS-AULOY، 1، صفحة 1، تعليق A.PLANQUEEL؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1964، 2، 13502، تعليق J. MAZEAUD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، 364، ملاحظة J.- D. BREDIN.

(2) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 296 وما يليه. وكذلك، حول تطور الاجتهاد وتفسيره، J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 88، صفحة 175 وصفحة 176.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 62؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20359، تعليق J. P. VERSCHAVE.

هذه النقطة، لا تسمح لبعض الورثة بالاحتجاج به ضد الآخرين ـ مما يضر بهم ـ ما دام أن هؤلاء على الأقل، هم حسنو النية». وينتج عن هذا الحكم أن الغير الحسن النية الذي يتوخى استبعاد تطبيق العقد السري ضده يجب أن يكون مفضلاً على الغير الذي يستفيد من هذا العقد. إن الحل مسوّغ صراحة بهذه الملاحظة بأن العقد السري، وفقاً للمادة 1321 من القانون المدني، لا يمكن أن يضر بالغير، إنها قاعدة تتغلب على القاعدة التي بمقتضاها في وسعه دائماً الإفادة من الحقيقة عندما تكون نافعة له.

ولا يمكن تسويغ هذا التفضيل المعطى للعقد الظاهري هنا بإرادة معاقبة فاعلي الصورية، طالما أن الغير، بالتعريف، هو أيضاً حسن النية لأنه لم يشارك في الصورية حتى أنه ليس على علم بها. وكذلك لا يوجد هنا تسويغ خاص يتيح تلطيف تطلبات نظرية الظاهر بسبب الصورية التي أوجدها المدعى عليهم. والتسويغ الوحيد لحل حكم 22 شباط 1983 هو نصي إذن. فالمادة 1321 من القانون المدني لا تفرق بين المدعى عليهم الذين يمكن للغير أن يحتج ضدهم بأن «الكتب المضادة لا يمكن أن يكون لها مفعول إلاّ بين المتعاقدين: ليس لها أيّ مفعول ضد الغير». على أن البرهان ليس بدون رد عندما تكون القاعدة الأخرى، كما رأينا، المستنتجة، استدلالاً بالضد، من النص عينه، وبمقتضاها يمكن للغير أن يفيد من العقد السري عندما يأمل ذلك، يعتبرها الاجتهاد كنص قانوني يلزم قضاة الأساس بتطبيقه حتى ولو لم يتم التمسك به[1]. ثمة تنازع إذاً بين قاعدتين لهما القوة القانونية عينها، سبب تفضيل بعض الغير يمكن عندئذٍ أن يكون صعب الاستنتاج من مجرد قراءة إحداهما.

يمكن إذاً تعيين أن القاعدة هي أن العقد السري لا يمكن ان يكون له مفعول بالنسبة الى الغير الذي يملك فقط امكانية العدول عن الاستفادة من هذه القاعدة، وإنما شريطة أن يكون الجميع متفقين في هذا المعنى[2]. بيد أن القاعدة في الحقيقة هي أن العقد السري ليس له مفعول «ضد الغير». ولا يمكن بالتالي أن يكون ثمة عدول بصواب عن نص كهذا. هناك بالأصح مكان لقاعدة أخرى بمقتضاها، استدلالاً بالضد، يمكن أن يكون للعقد السري مفعول لصالحه، كما يوجب إمكانية التذرع به من الغير الحسن النية، أيّاً كان، بالطريقة نفسها كما في الحل الوارد مباشرة في المادة 1321 عن القانون المدني.

ويبدو اخيراً ان الحل السابق المستنتج من القواعد التي تسوس الظاهر منطقي اكثر ما دام ان الامر يتعلق بنزاع بين الغير بالنسبة الى الصورية.

الفقرة 2 ـ إعمال مفاعيل الصورية

545 ـ لكي يمكن أن تتحقق المفاعيل القانونية التي سبق بيانها ينبغي أن تكون فعلاً

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 حزيران 1984، النشرة المدنية، I، رقم 205، صفحة 172. انظر الرقم 542 السابق وما يليه.

(2) انظر J. P. VERSCHAVE المذكور سابقاً.

ثمة صورية. ويقتضي، فضلاً عن ذلك، أن تكون الصورية قد جرى التحقق منها. من المناسب بالتالي تعيين مجال الصورية وتكوينها.

I ـ مجال الصورية

546 ـ عرّف السيد Dagot الصورية بأنها إنشاء إرادي لظاهر خادع. غير أنه يبدو أن المفاعيل القانونية لا تميز الصورية، بالمعنى التقني للتعبير، ولا يمكن أن تنجم إلاّ عن إنشاء تواطؤي لاتفاق إرادة ظاهري.

أ ـ الصورية، إنشاء إرادي لظاهر خادع.

547 ـ الكتاب المضاد، بمعنى المادة 1321 من القانون المدني، عقد خطي وسري يثبت اتفاقية الفريقين الحقيقية المستترة في ظاهر كاذب للعمل الجلي. إن الأمر هنا يتعلق بتعريف تأويلي ومادي بشكل أساسي للصورية. وهذا المفهوم تلهم الفقه المعاصر بصورة عامة[1]، ويقود إلى إخضاع وجود الصورية، بالمعنى التقني، للتحقق من عقد سري ومن اتفاق بين الفريقين ومن إمكانية تحييد العقد الجلي بالعقد السري.

وكان هذا المفهوم الضيق للصورية موضع انتقاد.. ويؤخذ عليه بصورة خاصة تعريف هذا المبدإ انطلاقاً من المفاعيل المعترف له بها في المادة 1321 من القانون المدني، في حين أن الأمر يتعلق بواقعة ينبغي أن يأخذ القانون في الحسبان مظاهرها كافة والصورية، حسب هذا المفهوم، يجب التحقق منها في كل مرة ينشىء فرد أو عدة أفراد، إرادياً، ظاهراً خادعاً[2].

من الصحيح، في الواقع، أن الاجتهاد يطبق مفهوماً الصورية على أوضاع لا تدخل إلاّ بصعوبة في توقعات واضعي نص المادة 1321 من القانون المدني. والأمر على هذا النحو مثلاً في الزواج الصوري الذي لا تتوقف صحته على وجود كتاب مضاد وإنما على حقيقة رضا الزوجين.

إن تحرير كتاب مضاد، بصورة عامة ليس من جوهر الصورية. من الاستثنائي مثلاً، في الهبات المستترة، أن يكون ثمة كتاب مضاد خطي. فالموهوب له يثق بالواهب[3]. وهذه الملاحظات قادت السيد Dagot إلى الأخذ بمفهوم واسع جداً للصورية المعرّفة بأنها إقامة

---

(1) انظر التعبير الأدق في شأنه في J.- D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، في مواضع مختلفة، وG. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 299، ورقم 300.

(2) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 11 إلى 13، رقم 2.

(3) انظر أيضاً حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1972، النشرة المدنية، I، رقم 280، صفحة 247، إخفاء قرض ربوي عن طريق الاكتتاب في حصص شركات مدنية عقارية وهمية قام به المقرضون كمسخر للمقترض المنشط العقاري، ولم يكن هناك، في هذه الفرضية حيث جرى التحقق من تسخير الأشخاص، أيّ كتاب مضاد يحفظ حقوق الموكل المستتر، طالما أن العملية مدبرة بكاملها لصالح مقدمي المال.

وزن إجمالي «للكذب في المجال القانوني»[1]. والعنصر المادي الوحيد غير المنازع فيه هو التناقض بين الظاهر والحقيقة. والصورية تتقلص أخيراً إلى عنصر نفساني: إرادة الخداع بإنشاء ظاهر كاذب[2].

وعندئذ يمكن أن تتدخل حتى خارج الأعمال القانونية. على سبيل المثال في وسع أحد الأشخاص أو إحدى الشركات، وكلاهما مهدد بدعوى أمام القضاء وشبكة التقديم، أن يقوم الشخص بنقل ظاهري لمسكنه أو الشركة لمركزها[3].

على أن مفهوماً كهذا يظهر واسعاً جداً.

ب ـ الصورية إنشاء تواطؤي لاتفاق ظاهري للإرادات.

548 ـ إذا كان تقليص الصورية إلى نظرية تأويلية للكتاب المضاد مفرطاً فإن توسيعه إلى أي فعل إرادي أنشأ ظاهراً كاذباً منازع فيه بدرجة أقل.

إن إرادة الخداع لا توجد في فرضيات الصورية جميعاً. فإرادة إخفاء الحقيقة خلف ظاهر غير صحيح، في غياب نية الغش، لا يمكن تحليلها كإرادة خداع فهذه الإرادة لا يمكن أن تستفيد من الحياد الخلقي الذي يعترف به القانون الوضعي للصورية. والصورية، مهما قال فيها السيد Dagot، وهي المتميزة هكذا بظاهر خادع بالاستقلال عن الإوالية المستخدمة والنتيجة المتوخاة، تفترق بصعوبة عن الخداع (او التدليس). ان السيد Dagot يستبعد على الاكثر، هذه الارادة عينها من الخداع عندما يعرّف موضوع دعوى إعلان الصورية كمجرد إعادة إثبات الحقيقة. وهكذا يتقلص مفهوم الصورية، حسب هذا المؤلف، إلى إقامة وزن للكذب وبشكل أدق إلى تحديد مقياس التسامح، ومفاعيله بالنسبة إلى فاعليه أو الغير.

ومن المسموح به التفكير في أن مفهوم الكذب التواطؤي الذي يميز التحليل التقليدي للصورية يناظر شيئاً أكثر خصوصية يسوّغ نظاماً خاصاً.

وتفترض الصورية، بالمعنى التقني للتعبير، توافق الإرادات الظاهري الذي يضاف إليه اتفاق حقيقي وسري. فنظرية الصورية ترتكز إذاً على تحديد في أي حالات وبالنسبة إلى أيّ أشخاص يمكن أن ينتج في المجموعة المكونة من هذين العقدين فيهما، عند الاقتضاء، أحدهما، المنفصل عن الآخر، مفاعيل قانونية.

وليس ثمة صورية في غياب اتفاق سري معدّ لتعديل العقد الجلي[4].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 1، رقم 1.

(2) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 26 وما يليه.

(3) انظر J. VIDAL, Théorie générale de la fraude en droit français، أطروحة في تولوز، 1957، صفحة 186 وما يليها ـ M. DAGOT، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 231، رقم 232.

(4) الأمر على هذا النحو، مثلاً، إذا استخدم المقرض، بدلاً من المسخر، الإعلان عن الحائز الحقيقي. والبائع في هذه الحالة، يعرف أن المتعاقد الظاهري يعمل لحساب شخص آخر تسميته مؤجلة فقط.

وينبغي أيضاً وجود اتفاق الفريقين. وهذا الاتفاق ينتج عن المجموعة المكوّنة من العقد الظاهري المعدل بالكتاب المضاد. ووجوده، بدون أن يشكل موضوع نقاش، يؤكده ضمناً معظم المؤلفين[1].

وليس من الضروري بالمقابل، أن يكون الفريقان قد حررا كتاباً مضاداً يتيح لهما الحفاظ، تحت تبعيتهما المباشرة والحاصرة، على فعالية العقد الجلي[2]. ويكون العقد صورياً أو وهمياً بمجرد كونه لا يعبر إلاّ عن اتفاق ظاهري وبدون أن يكونا من الضروري قد دوّنا إرادتهما المعاكسة في كتاب مضاد.

وينبغي أن يكون للفريقين، منذ إبرام العقد الجلي، إرادة حقيقية مشتركة مختلفة عن الإرادة التي عبّرا عنها. والعقد السري الذي يعدل العقد الجلي أو يكمله بعد إبرامه لا يجعل من هذا العقد الأخير صورياً طالما أنه عبّر، في وقت إبرامه، عن إرادة الفريقين الحقيقية[3].

وليس مما لا غنى عنه أن يكون العقد السري قد سبق أن جرى تحريره، أو في أي حال في وقت إبرام العقد الجلي ذاته. يكفي أن يكون هناك تزامن فكري، إذ توخّى الفريقان جعل مفاعيله متوقفة على الكتاب المضاد[4]. وبإمكان قضاة الأساس «لتقدير نية الفريقين في آونة العقد الأخذ في الحسبان مستندات لاحقة»[5].

---

(1) انظر بصورة خاصة F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 516، صفحة 392 ـ J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة صفحة 168، الفقرة 84 ـ A.SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 140 ـ G. MARTY et P RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 300، صفحة 310 وصفحة 311 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، 266، صفحة 820. على أن الصورية، في الواقع، غالباً ما يفرضها أحد الفريقين على الآخر: M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، رقم 333، صفحة 429.

(2) انظر مع ذلك J.-D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 269، رقم 16.

(3) انظر بهذا المعنى، حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الثانية A، 19 أيار 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، IV، صفحة 210.

(4) انظر J.- D BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 266، رقم 9. ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 392، رقم 516 ـ A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 35، صفحة 141 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 311، رقم 300 ـ H, L. et J MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 935، رقم 808. قارن بـ Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، الجزء VI، رقم 322، صفحة 282.

يمكن أن نجد أيضاً الحل الذي أخذت به الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض منازعاً فيه، وقد ورد في حكم 14 تشرين الثاني 1982 (النشرة المدنية، III، رقم 305، صفحة 444). فقد اعتبر قضاة الاستئناف، أمام وعد ملزم للطرفين بالبيع مع دفعات على الحساب كانت موضوع تسليم كمبيالات مقبولة، إن الوعد جرى الرجوع عنه بوعد أحادي الجانب بالبيع في اليوم ذاته، وإنما لاحقاً، ينص على ثمن يدفع فقط لموقع العقد. ومن المسموح به التفكير في أن العقد الثاني كان هدفه الوحيد التملص من الدفع الفوري لرسوم التسجيل كما ادعى البائع. إلاّ أن هذا البائع أهمل تحرير كتاب مضاد كان سيتيح له تحييد العقد الجلي.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 حزيران 1975، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 162.

وهوية الفريقين أخيراً في العقد الظاهري والعقد السري مفروضة[1]. ولكنها ليست من جوهر الصورية. وهي غير موجودة بالفعل في تسخير الأشخاص. والفريقان في العقد، في التعريف، ليسا الفريقين ذاتهما في العقد السري.

II ـ التحقق من الصورية

549 ـ كانت دعوى إعلان الصورية ملتبسة لمدة طويلة إلى حد ما مع الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية. وهناك توافق اليوم على الاعتراف لها بنظام مستقل. بيد أن المسائل الأساسية تطرح عملياً بالنسبة إلى البيّنة على الصورية، طالما أن على المدعي تقويض ظاهر أنشأه فاعلو الصورية إرادياً، وفي الغالب بكثير من المهارة[2].

أ ـ دعوى إعلان الصورية.

550 ـ استقلالية دعوى إعلان الصورية.

دعوى إعلان الصورية، التي غالباً ما تلتبس في الأصل مع الدعوى البوليانية والدعوى غير المباشرة، يعترف لها اليوم الاجتهاد[3] والفقه بأنها دعوى مستقلة ذاتياً. على أن المؤلفين يكتفون عموماً بتعريفها بالنسبة إلى الدعوى المباشرة والدعوى البوليانية بالتحديد أنها تهدف فقط إلى إثبات الحقيقة وأنها ليست خاضعة لشروط ممارسة هاتين الدعويين[4].

وقد جهد السيد Dagot[5] في أن يعرّف بصورة أدق الموضوع الخاص لدعوى إعلان الصورية. إن هذا الموضوع، في عرفه، مجرد إعادة الحقيقة بتدمير الظاهر. ولا تظهر

---

(1) انظر بهذا المعنى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 283، صفحة 242 ـ النقض المدني، 13 كانون الثاني 1953، النشرة المدنية، I، رقم 15، صفحة 12.

(2) حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 17 نيسان 1974 (النشرة المدنية، III، رقم 149، صفحة 112)، بأن التمسك بالصورية يشكل منازعة جدية لا يمكن أن يبت بها قاضي العجلة. انظر بالمعنى عينه حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 تموز 1978، النشرة المدنية III، رقم 282، صفحة 217.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 9 تشرين الثاني 1971، النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 242؛ D S.1973، صفحة 302؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 778، ملاحظة Y. LOUSOUARN، تقرير «أن دعوى إعلان الصورية تتقادم بمرور ثلاثين سنة».

(4) انظر بصورة خاصة B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 999، صفحة 421 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN صفحة 441، رقم 344 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 306.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً الصفحات 271 إلى 273. قارن بـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، صفحة 1059 وصفحة 804 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 769، صفحة 826 وصفحة 827.

استقلالية دعوى إعلان الصورية بالنسبة إلى الدعويين غير المباشرة والبوليانية وحسب، وإنما أيضاً بالنسبة إلى دعوى اللاّحجية أو دعوى البطلان وهماً، طبيعياً، تتمتها المنطقية. ولا يمكن، بصورة خاصة، أن تتقلص دعوى إعلان الصورية إلى مجرد نقاش حول البيّنة السابقة لممارسة مختلف النشاطات اللاحقة.

وكانت لاستقلالية دعوى إعلان الصورية التي أظهرها التحليل الفقهي ميزة إبراز إعادة حقيقية الشروط غير الملائمة عندما تكون مأخوذة عن دعاوى متميزة، ولا سيما الدعوى البوليانية. ومن المسموح به مع ذلك التفكير، إذا كان صحيحاً أن إعادة الحقيقة، او تمييز الظاهر، لاسيما من جهة الغير، لا تحتاج إلى اعتماد قناة الدعوى البوليانية، في أن ذلك لا يتوجب بالضرورة أن يكون من الملائم جعلنا دعوى مستقلة ذاتيا. فهذه الاستقلالية لا تسوّغ بالفعل، إلاّ أن يكون لها موضوع ونظام خاص، مما هو، كما سنرى، مشكوك فيه على الأقل.

٩) ليس لدعوى إعلان الصورية موضوع خاص.

551 ـ يظن السيد Dagot أنه من الممكن تأكيد أن لدعوى إعلان الصورية موضوع خاص[1]. ويعتبر، خلافاً لرأي بعض المؤلفين[2]، بالفعل، انها لا يمكن أن تتقلص إلى مجرد نقاش حول البيّنة السابقة للدعوى الأصلية. ولدعوى إعلان الصورية، حسب رأيه، موضوع خاص لأنها يمكن أن تكفي ذاتها بحد ذاتها في بعض الحالات، والأمر على هذا النحو، بصورة خاصة، عندما تكون الصورية سبباً للبطلان، أو عندما يتعلق الأمر بمجرد وهم لا يخفي إلاّ العدم؟ فتكفي، في هاتين الحالتين إعادة الحقيقة؛ ولن يكون من المفيد عندئذ إقامة دعوى أصلية[3].

إن هذا الرأي منازع فيه.

عندما تكون الصورية بحد ذاتها سبباً للبطلان، لا تكون الدعوى مجرد إعادة الحقيقة، وإنما بطلان العقد أو الكتاب المضاد، حسب الحالة، والمحكمة التي تجري مراجعتها لا تكتفي بإعلان أن ثمة صورية، بل تستخرج نتائجها بإبطال العقد. كما أن القاضي، عندما يكون العقد وهمياً، لا يكتفي بالتحقق من العدم، بل يستخرج النتائج القانونية في شكل بطلان، وعند الاقتضاء، استرداد التقديمات المنفذة. وليس لإعادة الحقيقة بحد ذاتها على

---

(1) المرجع عينه، صفحة 270 وصفحة 271، رقم 275.

(2) M. PLANIOL, Traité élémentaire De droit civil، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، 1932، بمعاونة G. RIPERT، رقم 1201، صفحة 452 ـ C.L. FLAVIAN, Des contre- lettres، أطروحة في باريس، 1929، صفحة 133. وكذلك F. DAVID, De l'action en déclaration de simulation، أطروحة في بواتيه، 1921، صفحة 38.

(3) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 271، رقم 275.

الإطلاق فائدة بالنسبة إلى المدعي. وموضوع الادعاء الذي يتوقف عليه نجاح إعادة الحقيقة، هو، حسب الحالات، البطلان أو اللاّحجية أو التنفيذ الجبري للعقد.

ولا شك، كما لاحظ السيد Dagot، أيضاً، في أن النقاش يتموضع أحياناً في صعيد الصورية وحده، ونتائجها لا يمكن الطعن فيها جدياً. إلاّ أن النقاش، في التطبيق القضائي للقانون، غالباً ما يتناول اثبات الحقيقة بشكل أساسي. ولا ينجم عن ذلك أنه يجب تحليل النقاش كدعوى مسبقة ومستقلة. وكل دعوى بطلان للغلط أو الخداع تفترض هي أيضاً إثبات الحقيقة. ولم يتصور أحد مع ذلك تقسيم هذه الدعاوى إلى مرحلتين متعاقبتين، تكون الأولى النازعة إلى اثبات الحقيقة ولو كانت مستقلة إلى الإدعاء للإبطال[1].

صحيح أن دعوى إعلان الصورية، في حال عدم وجود موضوع خاص، في عرف السيد Dagot، لها نظام خاص ـ بيد أن هذا الرأي متنازع فيه أيضاً.

2) ليس لدعوى إعلان الصورية نظام خاص بها.

552 ـ استقلالية دعوى إعلان الصورية مفيدة عندما تتيح إحلال نظامها مكان نظام الدعوى البوليانية، وبالتبعية الدعوى غير المباشرة. غير أنه لكي يكون لهذه الاستقلالية مدلول حقيقي، بالنسبة إلى الدعاوى التي من الضروري ممارستها لاستخراج نتائج إثبات الحقيقة، ينبغي أن تكون دعوى إعلان الصورية خاضعة لشروط خاصة، وبصورة احتمالية أكثر تقييداً من شروط الدعوى اللاحقة. والحال أن نظام هذه الدعوى، المزعوم أنه مستقل، لا يظهر أيّ تقييد خاص.

أ) تفترق دعوى إعلان الصورية عن الدعوى البوليانية والدعوى غير المباشرة.

553 ـ دعوى إعلان الصورية والدعوى البوليانية.

تختلف هاتان الدعويان أولاً بمجالهما طالما أن الدعوى البوليانية مخصصة للدائنين للحفاظ على ذمة مدينهم المالية، في حين أن دعوى إعلان الصورية أوسع إلى حد كبير وتطبيقاتها أكثر تنوعاً.

وهاتان الدعويان، حتى في مجالهما المشترك لحماية الدائنين، تتعارض أيضاً في شروط ممارستهما. إن دعوى إعلان الصورية تهدف فقط إلى إعادة الحقيقة، وبصورة خاصة إلى بيان أن عقد إفقار المدين كان وهمياً، مما يجيز حجز المال الباقي، في الواقع، في ذمة هذا المدين المالية. والدعوى البوليانية تهدف، بالمقابل، إلى العمل على إعلان عقد الإفقار

(1) يطبق السيد Dagot مفهوم الصورية، وفي الوقت عينه الدعوى المناظرة، على مجرد الوقائع القانونية، كوقائع إحداث مسكن وهمي مثلاً. وفي هذه الحالات، إذا أقدم سائق سيارة، في دعوى المسؤولية «بتزييف» الحادث، منشئاً ظاهراً كاذباً، فهل يجب أن يعتبر أن ثمة دعوى مستقلة من أجل تقويض هذا الظاهر وإثبات الحقيقة؟

الحقيقي الذي تم غشاً للإضرار بحقوق الدائن غير محتج به تجاهه[1]. إن غش المدين والغير المتواطىء معه هو الذي يسوّغ التعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن، وهو تعويض يأخذ الشكل الأنسب للاحجية العقد المطعون فيه. فالدعوى البوليانية تفترض إذاً ضرراً، وتفترض أيضاً غش المدين مما يستنتج منه مبدأ ضرورة أسبقية الدين بالنسبة إلى العقد المطعون فيه. ولا مجال لتطلب أيّ من هذين الشرطين عندما تهدف الدعوى فقط إلى حجز مال لم يخرج في الحقيقة، على الإطلاق، من ذمة المدين المالية. يجب، ويكفي، أن تتم البرهنة على هذه الحقيقة[2].

وهكذا حكمت الغرفة المدنية الثانية، في 14 كانون الأول 1983[3]، بأنه لا يصح الأخذ بأن الأعمال التي لم يكن موضوعها الإضرار بحقوق دائني أحد الأشخاص هي صورية لأن «البحث عن العقد الحقيقي تحت غطاء العقد الصوريّ لا يستدعي اعتبار وجود نية الإضرار بالدائنين». وفرقت الغرفة المدنية الثالثة، في 8 كانون الثاني 1974[4]، بوضوح، دعوى إعلان الصورية عن الدعوى البوليانية بإعلان أن أسباب تسويغ الحكم المطعون فيه المتعلقة بهذه الدعوى وافرة، وفي الوقت عينه أن الطعون التي تناولتها هي بدون مرمى. وأضافت أن البيع يمكن إعلان أنه لم يتم، والأموال المنازع فيها عادت إلى ذمة البائع المزعوم المالية، ما دام أن «الادعاء لإعلان الصورية لم يتقدم به الدائن وحده، وإنما بائع المال نفسه». وتفترق دعوى إعلان الصورية هكذا، بمفاعيلها ذاتها، عن الدعوى البوليانية التي تكتفي بجعل العقد المحقق غشاً للإضرار بحقوق الدائن الذي يمارس هذه الدعوى غير محتج به ضده[5].

---

(1) انظر حكم محكمة استئناف فرساي، 5 أيار 1992، D.S.1992، صفحة 400 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBECQUE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، رقم 6، صفحة 761، ملاحظة J. MESTRE، رد دعوى الخزينة لإعلان الصورية لأن كيفيات الصورية لم تكن تسمح، «على الإطلاق، باعتبارها تصف نقلاً متعلقاً بالذمة المالية، بتأكيد اتفاق الإرادة لعدم وجود النقل».

(2) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 441، رقم 344 ـ G. MARTY et P.RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 316، وصفحة 317، رقم 306.

(3) مجلة قصر العدل، 1984، 2، بانوراما، صفحة 167، ملاحظة J. DUPICHOT، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 369، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 5 صفحة 6؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، IV، صفحة 68.

(5) قارن بحكم محكمة النقض شامبيري، 21 كانون الثاني 1980، مجلة المصارف، 1980، صفحة 638، ملاحظة L. M. MARTIN، الحكم بأنه «إذا لم تكن الصورية في ذاتها سبباً لبطلان العقد الذي يشكل موضوعها ما دام أن بإمكانها إخفاء موجب صحيح، فإنه يظهر، في هذه القضية، أن التنازلات الصورية لم يكن هدفها ـ بدون أن يكون بإمكان السيدة M الإفادة من أيّ نية تبرعية كانت تناقضها برهنتها كلها ـ سوى التملص من ملاحقات المصرف الأموال موضوع التنازل التي كانت تشكل الرهن العام». واستنتجت من ذلك أن هذه العقود الباطلة لا يحتج بها ضد المصرف. وتلتقي معاقبة الصورية هنا معاقبة الغش البولياني الذي تفترق عنه بأنه صوري هنا. انظر أيضاً حكم محكمة استئناف باريس، الغرفة الخامسة عشرة، 31 كانون =

«على أن لدعوى إعلان الصورية وللدعوى البوليانية، المتميزتين بشكل أساسي، روابط طبيعية بينهما. فالصورية غالباً ما تغطي غشاً»[1] ويمكن أن تكون دعوى إعلان الصورية، وستكون في الغالب، الإعداد الضروري الذي تتوقف عليه قبولية الدعوى البوليانية.

وهكذا، مثلاً، حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 29 أيار 1979[2]، «بأن محكمة الاستئناف، إذ تحققت من أن عقد 4 نيسان 1972 كان موضوعه الوحيد أن ينقل إلى السيدة Lerch جميع عناصر موجودات الأموال المشتركة ولم يضع في حصة السيدة Lerch سوى أموال بلا قيمة، تمكنت من أن ترى في ذلك هبة بلا قيد أو شرط مستترة تحت غطاء ظاهر القسمة، واستنتجت بصواب من هذه الصورية أن المادة 882 المذكورة سابقاً كانت غير قابلة للتطبيق وأن الدعوى البوليانية كانت مقبولة في الشروط عينها للعقود المجانية»[3].

ولكن حتى لو مارس الدائنون فوراً الدعوى البوليانية، بدون المرور بالإعداد الطبيعي لدعوى إعلان الصورية، ولو قبل القاضي أن يعيد الحقيقة في الوقت عينه ومعاقبة الغش البولياني، «فلا يستطيع المدينون أن يستخرجوا من هذا التساهل الإجرائي «براهين خادعة لتجنيب غشهم الطعن أو لكشف صوريتهم للعيان»[4].

554 ـ دعوى إعلان الصورية والدعوى غير المباشرة Action oblique.

مجال دعوى إعلان الصورية هو هنا أيضاً أوسع بكثير وأكثر تنوعاً، ما دام أن الدعوى غير المباشرة محتفظ بها بصورة خاصة للدائنين لكي يتاح لهم إعادة تكوين ذمة مدينهم المالية وهي رهن دينهم. وهاتان الدعويان، حتى في مجالهما المشترك، تتعارضان أيضاً بأن دعوى إعلان الصورية تُعمِل حقاً خاصاً لمن مارس الدعوى[5]، في حين أن الدائنين في الدعوى غير المباشرة، إذا مارسوا كذلك حقاً خاصاً يلاحقون مع ذلك فيها الإرضاء بممارسة حقوق المدين ذاتها الذي أهمل ذلك.

وقد سبق أن رأينا أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض طرحت، من حيث

= الثاني 1976، صفحة 42 من التقرير، الذي حكم بأن المعاقبة، عندما تتناول الصورية رضاهما، وقد توخى الفريقان عقد اتفاقية وهمية صرفاً، في حين أنهما في الحقيقة لم يبرما أيّ عقد، يجب أن تكون بطلان العقد بسبب الغش الذي ارتكبه الفريقان اللذان تركز اهتمامها على الاعتداء على حقوق دائنيهما، ونتيجة للذلك، التحايل على القانون ذاته الذي يجعل من ذمة المدين المالية رهن دائنيه.

(1) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني 1985، صفحة 370.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 157، صفحة 127. انظر في الاتجاه عينه، حكم محكمة استئناف باريس، 21 آذار 1984، D.1986، صفحة 131، تعليق G.POTIRON.

(3) انظر الرقم 462 السابق حول شروط التحقق من القسمة بين الدائنين الشركاء في القسمة.

(4) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 370.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 306 ـ M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 274، وصفحة 275، رقم 280.

المبدأ، في 12 تشرين الأول 1982[1]، استناداً إلى المادتين، 1166 و1321 من القانون المدني، «أنه ينتج عن التنسيق بين هاتين المادتين أن الكتاب المضاد، في حالة الصورية، يحتج به ضد دائني المكتتب بالأسهم الذين، بالمقاضاة عن طريق الدعوى غير المباشرة، يمارسون جميع حقوق مدينهم ودعواه».

وطبقت هذا المبدأ بعد ذلك على حالة تشهر بصورة ملفتة العلاقات بين الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليانية ودعوى إعلان الصورية[2]. كانت الشركة SGTE قد أقرضت السيد Rico مبلغ 400000 فرنك الذي سلم هذا المبلغ شركة مدنية عقارية مكونة من لشركتين وحصلت شركة SGTE على إدانة السيد Rico بتسديد المبلغ المقترض، ولم تتمكن من الاستيفاء فأقامت عند ذلك دعوى ضد شركة SCI استناداً إلى المادة 1166 من القانون المدني، أي دعوى غير مباشرة. وتمسك الشركاء في شركة SCI بأن هذه الشركة كانت شركة وهمية مكونة لغاية وحيدة هي أن يتاح للسيد Rico ممارسة الدعاوى الخاصة به كمنشط عقاري وصدر تعهد مؤرخ في 10 تموز 1972 وبموجبه عدل السيد Rico عن ملاحقة الشركاء بصفة شخصية. وردت شركة SGTE، «بطلب بطلان العقد المؤرخ في 10 تموز 1972 استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني».

وبينت محكمة النقض «أن محكمة الاستئناف، لكي تقبل ادعاء شركة SGTE، قدرت أن الدعوى البوليانية كانت مسوّغة تماماً وأخذت بأن الصورية، حتى ولو كان السادة Rico وMurat وRiedberger متفقين على تكوين شركة وهمية، لا يمكن أن يكون لها مفعول تجاه شركة SGTE التي أقامت الدعوى البوليانية فمارست دعوى شخصية واحتفظت بصفة غير ماهر في الإفادة من العقد الجلي المكوّن للشركة» وأضافت «أن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو، في حين أن شركة SGTE ما قاضت عن طريق الدعوى البوليانية إلاّ للعمل على إبطال عقد 10 تموز 1972 الذي يشكل عقبة أمام ادعائها وأنها، إذا لم تنقطع، عن طريق غير مباشرة، عن ممارسة الدعوى التي يحوزها السيد Rico لتسديد 000 400 فرنك كان يمكن أن ترى نفسها قد احتج السيدان Murat وRiedberger بالصورية التي شارك فيها السيد Rico الذي مارست دعواه، قد انتهكت المادتين 1167 و1321 من القانون المدني.

إن الدعوى البوليانية قد أتاحت تماماً للدائن الذي راجع القضاء باسمه الشخصي للعمل على الحكم بان العقد السري كان غير محتج به ضده. بيد أنه، عندما يقاضي بالموازاة عن طريق الدعوى غير المباشرة ممارساً حقوق مدينه ذاتها، لا يكون بإمكانه الإفادة على هذا الصعيد من الحقوق المعترف بها للغير. فاصورية، أي المجموعة المكونة من العقد الجلي والعقد السري، تبقى إذاً محتجاً بها ضده . إن التعليل منطقي، وليس مجرداً من الدقة بكونه

(1) النشرة المدنية، I، رقم 284، صفحة 244؛ مجلة قصر العدل، 1983، 1، صفحة 88 من الموجز، ملاحظة J.DUPICHOT . .

(2) انظر الرقم 538 السابق.

يرتكز على فوارق أنظمة الدعاوى التي مارسها الدائن بالموازاة، وإنما لهدف وحيد.

ب) لا تخضع دعوى إعلان الصورية لأي تقييد خاص.

555 ـ يكفي، لإقامة دعوى إعلان الصورية، تسويغ الشروط الموضوعة لممارسة أيّ دعوى ولاسيما المصلحة.

بالفعل يستطيع جميع الذين لهم مصلحة مشروعة في الإفادة من العقد الحقيقي ممارسة الدعوى.

والأمر على هذا النحو بالطبع بالنسبة إلى الغير الذي ليس أمامه سبيل آخر للتمسك بالكتاب المضاد. بيد أن دعوى إعلان الصورية يمكن أن يمارسها أيضاً فاعلو الصورية أنفسهم. لا شك في أن الكتاب المضاد يجري تنظيمه عموماً من أجل إعادة المضمون الحقيقي للعقد. إلاّ أنه إذا كان الفريق الآخر لا يريد مراعاة هذا الكتاب، تكون دعوى إعلان الصورية ضرورية. وليس ثمة أي سبب لرفض دعوى فاعل الصورية طالما أنه من المقبول أن الكتاب المضاد صحيح بين الفريقين. وممارستها يقبلها الفقه[1] ويبين الاجتهاد تطبيقات مختلفة لها[2].

وليس المدعي بحاجة إلى تسويغ ضرر سببته الصورية له[3]، ولا إلى أقدمية حقه بالنسبة إلى الصورية[4]، ولا إلى غش من يقاضيه[5]. والاجتهاد يستبعد، بالطريقة عينها، تطبيق

---

(1) انظر بصورة خاصة A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 142 H.L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 944، رقم 825 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 438، رقم 340.

(2) انظر بصورة خاصة النقض المدني، 24 آذار 1953، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92؛ D.1953، صفحة 367 ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 شباط 1955، النشرة المدنية، IV، رقم 191، صفحة 141 ـ النقض المدني، 9 أيار 1956، النشرة المدنية، I، رقم 188، صفحة 160؛ D.1955، صفحة 467 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 كانون الثاني 1971، النشرة المدنية، IV، صفحة 5، رقم 4.

(3) النقض المدني 19 أيار 1942، S.1942، 1، صفحة 98. وعلى نقيض ذلك، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1948، النشرة المدنية، رقم 237، صفحة 975 ـ حكم محكمة استئناف بواتييه، 28 أيار 1935، S.1936، 2، صفحة 16.

(4) النقض المدني، 11 نيسان 1927، S.1927، 1، صفحة 262 ـ 2 نيسان 1924، S.1927، 1، صفحة 261 ـ حكم غرفة العرائض، 16 آذار 1887، S.90، 1، صفحة 30 ـ 31 تموز 1872، D.73، 1، صفحة 340؛ S.93، 1، صفحة 117 ـ G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 1436 ورقم 1437 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، رقم 344، صفحة 441؛ الجزء VII، الطبعة الثانية، تأليف J. RADOUANT، رقم 972 ـ Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE et R. PERROT، رقم 983، صفحة 74.

(5) حكم غرفة العرائض، 25 تموز 1864، S.64، 1، صفحة 452 ـ 31 تموز 1872، D.P. 1873، 1، صفحة 340؛ S.73، 1، صفحة 117، والمؤلفون المستشهد بهم حول أقدمية الحق.

التقادم الخماسي الوارد في المادة 1304 من القانون المدني، ذلك بأن دعوى إعلان الصورية ليست في ذاتها دعوى بطلان أو فسخ[1].

وهكذا حكمت الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 9 آذار 1981[2]، بأن «محكمة الاستئناف، بينت بصواب أن مراجعتها كانت دعوى إعلان الصورية التي لا تتعلق إلاّ بدعاوى البطلان النسبي».

كما يستبعد مرور الزمن الضريبي القصير المدة[3].

وجرى التساؤل حول نقطة معرفة ما إذا كانت دعوى إعلان الصورية غير خاضعة للتقادم أو خاضعة للتقادم لثلاثين سنة. وتم الأخذ بأن الدعوى كان موضوعها «إظهار حقيقة الأشياء فقط» ولا يسري عليها التقادم[4]. ولكن ذلك لا يكفي لاستبعاد الأحكام الشكلية للمادة 2262 من القانون المدني المطبقة على الدعاوى جميعاً. وهكذا أعلن الفقه رأيه لصالح التقادم لثلاثين سنة[5]. كما أعلن الاجتهاد بوضوح لصالح هذا التقادم ببيان أن المهلة تبدأ في السريان «في يوم العقد المشوب بالصورية»[6].

والأمر لا يتعلق هنا أيضاً إلاّ بغياب الشروط الخاصة. فمهلة تقادم دعوى إعلان

---

(1) M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 229، رقم 302، الاستشهاد بصورة خاص بـ: حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1875، D.1876، 1، صفحة 443؛ S.1877، 1، 293 ـ حكم محكمة استئناف ليون، 28 شباط 1884، S.1885، 1، صفحة 129 ـ حكم محكمة استئناف الجزائر، 18 آب 1895، D.P.1896، 2، صفحة 308.

(2) النشرة المدنية، IV، رقم 125، صفحة 97. انظر بالمعنى عينه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 حزيران 1975، النشرة المدنية، I، رقم 191، صفحة 162.

(3) انظر M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 299، رقم 302، الاستشهاد بـ: النقض المدني، 4 شباط 1901، D.1903، 1، صفحة 339 ـ حكم غرفة العرائض، 9 كانون الأول 1903، D.1904، 1، صفحة 586.

(4) M.PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 442، وصفحة 443، رقم 345.

(5) انظر M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 300، رقم 303 والمؤلفين المستشهد بهم ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÉS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 999، صفحة 420 وصفحة 421 ـ A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 142.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1971، النشرة المدنية I، رقم 284، صفحة 243؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 778، رقم 7، ملاحظة Y. LOUSSOUARN؛ D.1972، صفحة 302. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية، 9 آذار 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 125، صفحة 97 ـ النقض المدني، 13 آذار 1934، D.H. 1934، صفحة 201؛ D.P.1936، 1، صفحة 79؛ S.1934، 1، صفحة 296. قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 221؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1989، الطبعة G. II، 21214، تعليق F.-X.TESTU: مهلة تقادم دعوى إعلان الصورية في شأن بيع أجراه مورث الورثة أصحاب الحقوق المحفوظة تبدأ بالسريان اعتباراً من الوفاة عندما يقوم هؤلاء الورثة بإعمال الحق الخاص بهم.

الصورية هي مهلة القانون العام، فتقادم الدعوى الأصلية هو الذي، عند الاقتضاء، يرفع أي مصلحة لإثبات الحقيقة[1].

واستقلالية دعوى إعلان الصورية أخيراً ترجع إلى هذه الملاحظة بأنها غير محدودة في ذاتها بأي من الشروط الخاصة بالدعوى البوليانية، أو الدعوى غير المباشرة، أو أي دعوى أصلية، التي يتيح فيها إثبات الحقيقة ممارسة الدعوى. وهاجس نجاح الإدعاء، بالمقابل، وموضوعه الملموس هو دائماً هاجس الادعاء الأصلي يخضع لشروط الدعوى الأصلية التي تفرض هكذا، بصورة غير مباشرة، على دعوى إعلان الصورية. ويمكن التساؤل بالتالي عما إذا كانت هذه الدعوى تتقلص، في الواقع، إلى مجرد نقاش حول الإثبات.

ب ـ البيّنة على الصورية.

556 ـ تقديم البينة، مع مراعاة الأحكام القانونية الناتجة عن المادتين 911، 2°، و1100 من القانون المدني، يقع على عاتق من يتمسك بالصورية.

وهكذا لا يلزم من يجري إيجاراً لدى الكاتب العدل بتقديم بيّنة أخرى وعلى من يتمسك بأن هذا العقد صوري أن يبرهن على ذلك[2]. كما أن الاعتراف بدين، كما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة في 4 شباط 1975، «يساوي بيّنة على الموجب وموضوعه وسببه» ويشكل للمستفيد منه «تسويغ حقه في الدين» بحيث «أنه يقود المدين الملاحق بالدفع إلى أن يبرهن على الطابع غير الصحيح أو الصوري للسبب المتذرع به دعماً لامتناعه عن الدفع»[3].

والاجتهاد، بالمقابل، مستقر في هذا الاتجاه بأن «الصورية ليست بحد ذاتها، عموماً، سبباً للبطلان عندما يقدم الفريقان على عمل في شكل وهمي وكان بإمكانهما إتمامه في شكل آخر، وعندما، رغماً عن السبب المبين، يكون ثمة سبب آخر حقيقي ومشروع، يقع على عاتق المستفيد، عندما تكون الصورية معترفاً بها، إثبات أن هذا السبب موجود، وإذا لم يبرهن على ذلك ينبغي أن يخسر دعواه»[4].

---

(1) M.PLANIOL et F.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 443، رقم 345 ـ M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 303، صفحة 300.

(2) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 24 آذار، 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 460، صفحة 335.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 42. انظر في الاتجاه عينه، النقض المدني، 27 تشرين الأول 1976، مجلة قصر العدل، 1977، 1، صفحة 4 من الموجز.

(4) حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1891، S.94، 1، صفحة 78؛ D.P.92، 1، صفحة 151. انظر في الاتجاه عينه حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1898، D.99، 1، صفحة 103: «من حيث أنه تم إثبات أن سبب الموجب المعبّر عنه في العقد كان كاذباً، فقد كان يعود إلى [الدائن] أن يستبدل به سبباً آخر مشروعاً يرتكز عليه دينه؛ وإنما عليه أن يثبت ذلك». أضف إلى ذلك غرفة العرائض، 23 تشرين 1913، D.1919، 1، صفحة 29 ـ 23 كانون الأول 1912، مجلة قصر العدل، 1912، 2، صفحة 522 ـ 3 نيسان 1905، =

وكما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 20 كانون الأول 1988[1]، ينتج عن المادتين 1315، الفقرة الأولى، والمادة 1132 من القانون المدني «أنه يقع على عاتق المستفيد، عندما يبرهن على أن سبب الموجب كاذب، أن يثبت أن دينه يرتكز على سبب آخر مشروع، وإذا لم يفعل ذلك يجب أن يخسر دعواه». واستنتجت محكمة النقض من ذلك نقض حكم، لانتهاك هذه النصوص، كان قد أخذ، لإدانة فاعل الاعتراف بالدين بدفع مبلغه للدائن، «أنه إذا كان هذا الدائن يعترف بأن سبب الاعتراف بالدين ليس، بخلاف ما جرت الإشارة إليه في العقد، قرضاً أعطاه للزوجين Aguilar، فإن هذين الزوجين لم يقدما الدليل على أن عقد 11 أيلول 1981 يشكل، كما يتمسكان به، كتاباً مضاداً يتناول إخفاء الثمن المبين في الوعد بالبيع». وبالفعل، بمقتضى المادة 1131 من القانون المدني، «لا يمكن أن يكون للموجب (...) المبني على سبب غير صحيح (...) أي مفعول». ويعود إذاً إلى من يتمسك بالعقد، عندما يبرهن على كذب السبب المذكور في العقد، إلى من يستفيد منه إثبات وجود سبب آخر حقيقي ومشروع[2].

إن قضاة الأساس «يملكون سلطة سيدة لتحديد القيمة المثبتة للمؤشرات أو القرائن المتمسك بها لإثبات وجود صورية»[3]. وقبولية مختلف أنماط البيّنة هي مع ذلك مسألة

= D.L.1905، 5، صفحة 8 ـ النقض المدني، 6 كانون الأول 1900، D.P.1901، 1، صفحة 192؛ S.1901، 1، صفحة 229 ـ حكم غرفة العرائض، 10 كانون الثاني 1898، S. 1902، 1، صفحة 492 ـ حكم غرفة العرائض 9 شباط 1864، D.P.64، 1، صفحة 211؛ S.64، 1، صفحة 107. انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1975، النشرة المدنية، I، رقم 225، صفحة 190، الذي يصعب تفسيره. فهو يلاحظ بالفعل «أن إخفاء الهبة لا يحمل على افتراض لامشروعية السبب»، ويقبل صحة اعتراف بدين يخفي تبرعاً إلى الخليلة استناداً في الوقت عينه إلى واقع أن مدعي الإبطال «لم يثبت أن هذا التبرع كان دافعه غير أخلاقي» (مما يبدو وضع هذا الإثبات على عاتق المدعي) وأن الهبة التي سبقت وفاة المدعي «المريض بشهر واحد تحمل بالأحرى على الافتراض أن الأمر كان يتعلق بتبرع صرف بلا شرط» (مما ينتج عنه أن الإثبات حصل في غياب واقع لاأخلاقي، وبينت محكمة النقض أن هذا الواقع لم يكن «افتراضياً»).

(1) النشرة المدنية I، رقم 369، صفحة 249؛ D.1990، صفحة 241، تعليق J.- P. MARGUÉNAUD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 300، ملاحظة J. MESTRE؛ D.1989، صفحة 230 من الموجز، Dfrénois 1989، البند 34554، صفحة 759، ملاحظة J.-L. AUBERT. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 نيسان 1992، النشرة المدنية، I، رقم 115، صفحة 78.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 919، صفحة 942.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1986، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 233 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 أيلول 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 240، صفحة 208، في صدد اتفاقية بيع في صورة إيجار ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 آذار 1983، D.1985، صفحة 483 من التقرير، ملاحظة J.MOULY ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 184، صفحة 163 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تموز 1981، النشرة المدنية، I، رقم 245، صفحة 202 ـ 20 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، IV، رقم 267، صفحة 220 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 تشرين الأول =

قانونية ستبقى إذاً خاضعة لرقابة محكمة النقض، وسوف نحدد، بعد أن قدّمنا القرائن القانونية، مختلف أنماط البيّنة.

٩) القرائن القانونية:

557 ـ تنشيء المادة 918 من القانون المدني قرينة إخفاء تبرع عندما تكون الأموال بملكية كاملة قد جرى التنازل عنها إلى مستحق الإرث من حبل القرابة والنسب المباشر إما بشرط دخل عمري أو مال موظف في دخل عمري وإما مع الاحتفاظ بحق الانتفاع. وقد جرى الحكم بأن أساليب كهذه أكثر ملاءمة لكي تخفي التبرعات وإفساد المساواة بين الورثة، وهذه القرينة لا تقبل الدحض(1). وينزع الاجتهاد إلى مماثلة حق السكن المختار في الغالب لمحاولة استبعاد القرينة بالاحتفاظ بحق الانتفاع(2)، على الأقل عندما لا يكون السكن مشتركاً مع المستفيد(3). والأمر كذلك في شأن الإيجار مع الغذاء الذي يمكن فهمه كبيع مال موظف في دخل عمري(4).

وتنص المادتان 911، الفقرة 2، والمادة 1100 من القانون المدني بالنسبة إلى تبرعات لصالح عديمي الأهلية في المادة الأولى، ولصالح أحد الزوجين في المادة الثانية، على قرائن قانونية لتسخير الأشخاص. وتعتبر هذه القرائن غير قابلة للدحض في اجتهاد مستقر(5).

= 1976، النشرة المدنية، III، رقم 151، صفحة 267؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، IV، صفحة 358 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1976، D.1977، صفحة 32 من التقرير ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 274، صفحة 226 ـ 22 كانون الثاني 1974، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 22 ـ 30 حزيران 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 252، صفحة 238 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1969، النشرة المدنية، III، رقم 107، صفحة 83 ـ حكم الغرفة التجارية، 9 تموز 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 228، صفحة 206.

(1) النقض المدني، 23 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، I، رقم 38، صفحة 229 ـ 28 كانون الأول 1937، D.P.1940، 1، صفحة 41، تعليق G.HOLLEAUX ـ 7 تشرين الثاني 1935، S.1935، 1، صفحة 127 ـ 26 تموز 1899، D.1902، 1، صفحة 177، تعليق A.WAHL ـ 24 آب 1874، D.P.75، 1، صفحة 129.

(2) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 11 شباط 1965، مصنف الاجتهادات الدوري، 1965، II، 14200، طلبات GULPHE.

(3) النقض المدني، 14 كانون الثاني 1884، D.84، 1، صفحة 253؛ S.84، 1، صفحة 97. وكذلك حكم محكمة استئناف رين، 14 كانون الثاني 1901، D.P.1903، 1، صفحة 441.

(4) النقض المدني، 13 أيار 1952، D.1952، صفحة 505.

(5) انظر بالنسبة إلى المادة 911، الفقرة 2، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 340، رقم 342، الاستشهاد بصورة خاصة بـ: النقض المدني، 22 كانون الثاني 1884، D.84، 1، صفحة 117؛ S.84، 1، صفحة 227؛ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN، رقم 257، صفحة 335؛ G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء IV، رقم 3518، صفحة 1122؛ H. L. et J. MAZEAUD، المرجع عينه، الجزء، IV، الطبعة الرابعة، تأليف A. BRETON، رقم 379، 1، صفحة 590. =

2) أنماط البيّنة:

558 ـ ينبغي التفريق حسبما يقع الإثبات على أحد الفريقين في الصورية أو على الغير. ويقتضي كذلك تفحص إثبات الصورية بشكل خاص عندما يرتدي العقد الظاهري الشكل الرسمي. .

559 ـ البيِّنة من قبل الفريقين.

ينبغي تطبيق القانون العام الوارد في المادة 1341 من القانون المدني. فإذا تعلق الأمر بقيمة تتجاوز المبلغ المحدد بمرسوم متخذ تطبيقاً لقانون 12 تموز 1980 الذي عدل هذا النص، مما سيكون دائماً الحالة في الممارسة، ذلك بأن الصورية نادراً ما تُسوَّغ لقيمة زهيدة، فإن هذه الصورية يقتضي إثباتها بمستند خطي. وتقديم كتاب مضاد يتجاوب مع هذه الضرورة. والصورية، في أي فرضية كانت، إذا كان العقد الظاهري مستنداً خطياً، لا يمكن، حسب المادة 1341، إثباتها إلا بمستند خطي آخر، طالما أن الأمر يتعلق بإثبات «غير محتوى العقد وما هو وضد هذا المحتوى»[1].

وقد ذكّرت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 18 كانون الثاني 1989[2]، «بأن محكمة الاستئناف أخذت بصواب بأن الزوجين Tavaud عليهما إثبات وكالة مزعومة

= وانظر بالنسبة إلى المادة 1100، M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 346، رقم 347، الذي يستشهد بصورة خاصة بـ: M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN، رقم 160، صفحة 218 وما يليها؛ G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء IV، رقم 3850، صفحة 1220؛ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء XI، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 690، صفحة 126.

(1) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 524، صفحة 396 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 628، صفحة 344 ـ J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 171، الفقرة 858 ـ H.L. et J. MAZEAUD، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 945، رقم 828 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، صفحة 303، رقم 314 ـ J. FLOUR et J-L. AUBERT، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 385، صفحة 320 ـ Ch. LARROUMET، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الثانية، رقم 768، صفحة 823 ـ A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 143. بالإضافة إلى J.-BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 279، رقم 41 و42، الصفحات 285 إلى 287، ملاحظة أن المادة 1341 من القانون المدني استبعدت بالنسبة إلى الزواج الصوري، وإثبات غياب رضا حقيقي في شأنه مقبول بالوسائل جميعاً، ذلك بأن التقنية الخاصة بالصورية لا شأن لها هنا.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 19. انظر في الاتجاه عينه حكم محكمة استئناف باريس، 17 أيار 1988، D. 1988، صفحة 171 من التقرير (بالنسبة إلى اعتراف بالدين) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 145 ـ النقض المدني، 31 كانون الثاني 1900، D.P.1900، 1، صفحة 80؛ S.1901، 1، صفحة 347 ـ حكم غرفة العرائض، 10 تموز 1899، D.P.99، 1، صفحة 368؛ S.99، 1، صفحة 368.

معطاة للآنسة Bal-Fontaine وأن هذا الإثبات لا يمكن تقديمه إلا وفقاً للأشكال المنصوص عليها في المادة 1341 من القانون المدني التي تحيل إليها المادة 1985 من القانون عينه».

أن تطلب مستند خطي، وفقاً للقانون العام (المادة 1347 من القانون المدني)، مستبعد عند وجود بدء بيّنة خطية[1]. ولا يأخذ الاجتهاد، من حيث المبدأ، بقبولية الشهود والقرائن إلاّ أن يكون ثمة بدء بينة خطية كهذه[2]. بيد أن محكمة النقض قبلت أن يستنتج بدء البينة الخطية من البيانات الواردة في العقد الظاهري نفسه[3]، حتى الإثبات بالوسائل كافة كان مقبولاً عندما تكون النسخة الأصلية للإيصال المشوب بالصورية لم تقدّم، مما كان يمنع «تفحص هذا المستند ومناقشة قيمته»[4]. وتطلب إثبات خطي مستبعد أيضاً، وفقاً للقانون العام، في المادة التجارية[5] عندما تتم البرهنة على استحالة مادية أو معنوية لإثبات مستند خطي[6].

والبيّنة أخيراً، ودائماً حسب القانون العام، يمكن تقديمها بالوسائل كافة، حتى بين الفريقين، «عندما يكون هدف الصورية الاحتيال على نصوص من الانتظام العام»[7].

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1989، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 19 ـ أضف إلى ذلك M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 308، التعليق 17 والاجتهاد المستشهد به.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1970، D.1970، صفحة 198 من الموجز ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 نيسان 1958، النشرة المدنية، III، رقم 169، صفحة 139 ـ النقض المدني، 9 أيار 1955، D.1955، صفحة 467؛ النشرة المدنية، I، رقم 188، صفحة 160 ـ 24 آذار 1953، D.1953، صفحة 367؛ النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92.

(3) النقض المدني، 24 آذار 1953، النشرة المدنية، I، رقم 110، صفحة 92؛ D.1953، صفحة 267.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 حزيران 1966، النشرة المدنية، I، رقم 367، صفحة 283.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 314، رقم 303 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 628، صفحة 344 ـ A. SÉARIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 42 ـ J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 279 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1966، النشرة المدنية، III، رقم 436، صفحة 386 ـ 22 تموز 1957، النشرة المدنية، III، رقم 238، صفحة 199 ـ النقض المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H.1935، صفحة 131.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 حزيران 1980، مجلة قصر العدل، 1980، 2، بانوراما، صفحة 530.

(7) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 145 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1968، النشرة المدنية، I، رقم 275، صفحة 209؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 561، ملاحظة Y. LOUSSOUARN، بالنسبة إلى هبة بين زوجين عن طريق مسخر، غشاً للإضرار بحقوق أولاد الزواج الأول للبائع المزعوم، وهم ورثة من أصحاب الحصص المحفوظة ـ 10 تشرين الثاني 1964، مجلة قصر العدل، 1965، 1، صفحة 68، بالنسبة إلى غش للإضرار بحقوق الورثة أصحاب الحصص المحفوظة ـ النقض المدني، 4 تموز 1957، النشرة المدنية، I، رقم 307، صفحة 245، في شأن تحايل على المادة 2078 من القانون المدني. انظر في الاتجاه عينه، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 أيار 1955، =

وكما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 19 نيسان 1977[1]، في صدد هبة للولد زوجة الواهب من الزواج الأول وقد نازع فيها أحد أولاد الزواج الأول للواهب نفسه، «بأن الصورية، في حالة الغش، يمكن إثباتها بالوسائل جميعاً، حتى بين الفريقين في عقد أو ورثتهما». وأضافت أن «الهبات بين الزوجين المستترة أو عن طريق مسخّرين» هي «بطبيعتها مشوبة بالغش».

وحكمت الغرفة عينها، في 24 تشرين الأول 1977[2]، بأنه «يجب، في العلاقات بين الفريقين، تقديم إثبات الكتاب المضاد خطياً عندما يتم التحقق من العقد الظاهري بهذا الشكل ما عدا الحالة حيث تكون الصورية قد تمت لهدف غير مشروع». وبالتالي نقضت، لانتهاك المادة 1341 من القانون المدني، حكماً قبل الإثبات بالوسائل جميعاً «في حين أن النزاع، حسب الحكم، كان موضوعه الوحيد الاعتراف بصورية لا تستدعي الغش بالضرورة».

ولا يمكن أن يكفي، إضافة إلى ذلك، التمسك بالغش، كما تمكنت محكمة النقض من التذكير بأن «التحقق وحده من ظرف مكوّن للغش، وليس مجرد التذرع بالغش، يمكن أن يتيح لقضاة الأساس، خارج أي بدء بيّنة خطية، أن يجيزوا إثبات الصورية المتمسك بها عن طريق الشهود»[3].

واستعادت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض هذه المبادىء في حكم نقض بتاريخ

= D.1955، رقم 467 ـ النقض المدني، 19 تشرين الأول 1948، مجلة قصر العدل، 1948، 2، صفحة 238 ـ 5 حزيران 1950، S.1951، 1، صفحة 138 ـ 21 آذار، 1938، D.H.1938، صفحة 257 J.D.BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 280 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، صفحة 408، رقم 965 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 628، صفحة 344 ـ J.CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، صفحة 171، الفقرة 85 ـ H.L et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 945، رقم 828 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، رقم 303، صفحة 314 ـ J. FLOUR et J-L. AUBERT، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 385، صفحة 320 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 439، رقم 341، الاستشهاد بحكم غرفة العرائض، 2 آذار 1904، D.1904، 1، صفحة 615؛ S.1904، 1، صفحة 260 ـ النقض المدني، 5 آب 1902، S.1903، 1، صفحة 319 ـ حكم غرفة العرائض، 3 حزيران 1887، S. 90، 1، صفحة 291 ـ حكم غرفة العرائض، 27 تموز 1874، S.1875، 1، صفحة 15.

(1) النشرة المدنية، 1، رقم 172، صفحة 135؛ يوميات الكتابة العدل، 1978، البند 54251، ملاحظة J.V.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 379، صفحة 300؛ D.1978، صفحة 240 من الموجز، ملاحظة D. MARTIN.

(3) النقض المدني، 15 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 319، صفحة 253 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1969، النشرة المدنية III، رقم 785، صفحة 594 M. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 309، رقم 311 (انظر تطبيقات الاجتهاد التي استشهد بها المؤلف، رقم 312، صفحة 309 وصفحة 310). وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1971، النشرة المدنية، I، رقم 242، صفحة 202 في صدد كتمان الثمن.

3 أيار 1978[1] لانتهاك المادة 1341 من القانون المدني بهذه العبارات: «من حيث أنه ينتج عن هذا النص، عدا الاستثناءات الواردة في المادتين 1347 أو 1348 من القانون عينه أو الناتجة عن القوانين المتعلقة بالتجارة، أنه لا يمكن الإثبات عن طريق الشهود أو المؤشرات أو القرائن ضد محتوى عقد مبرم أمام الكاتب العدل أو بتواقيع خاصة، وان هذه القاعدة، خارج حالة التحايل على القانون، تطبق بين الفريقين على البيّنة على الصورية التي يتذرع بها أحد الفريقين في العقد». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف التي أعلنت البيع وهمياً استناداً إلى إفادات وقرائن ومؤشرات مختلفة «بدون التثبت من وجود مستند خطي أو بدء بيّنة خطية صادرة عن Berberat أو عن أحد الأشخاص الذي مثله، ولا من الاستحالة التي وجد فيها الزوجان Martin في الاحتفاظ بدليل خطي وبدون بيان التحايل على القانون الذي كان يحق للسيدة Martin الإفادة منه، انتهكت النص المذكور أعلاه».

وبينت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 9 تشرين الثاني 1976[2]، لتسويغ رد طعن يأخذ على قضاة الأساس أنهم مدّوا حرية الإثبات إلى حرية هبة لا يمكن أن تنتج إلاّ من عقد رسمي، «إن البيّنة على وجود هبة أو هبة بقسمة التركة مستترة بستار عقد معاوضة ليست خاضعة لأي شكل خاص وتخضع، في العلاقات بين الفريقين أو أصحاب الحقوق تجاههما، لقواعد القانون العام، ويمكن بالتالي تقديمها خطياً، حتى عن طريق الشهود عندما يوجد بدء بيّنة خطية».

وبالتالي يمكن أن تنتج البيّنة أيضاً، حسب القانون العام، عن اعتراف الفريق الذي يحتج بالصورية ضده، ولا سيما عندما ينجم هذا الاعتراف عن الطلبات الخاصة به[3].

560 ـ البيّنة من قبل الغير.

يقبل الفقه[4] أن بإمكان الغير تقديم إثبات الصورية بالوسائل كافة ويجمع الاجتهاد

---

(1) النشرة المدنية، III، رقم 186، صفحة 145؛ مجلة قصر العدل، 1978، 2، بانوراما، صفحة 270؛ يوميات الكتابة العدل، 1978، البند 54356، ملاحظة J.V ـ انظر في الاتجاه عينه، الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1982، مجلة قصر العدل، 1982، 2، بانوراما، صفحة 268.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 341، صفحة 272.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1977، مجلة قصر العدل، 1977، 1، بانوراما، صفحة 73؛ D.S.1977، صفحة 210 من التقرير.

(4) A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 36، صفحة 148 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 629، صفحة 345 ـ J. FLOUR et J-L. AUBERT، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 388، صفحة 321 وصفحة 322 ـ H-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، صفحة 945 وصفحة 946، رقم 828 ـ G. MARTY et P.RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، صفحة 317، رقم 307 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء V، الطبعة الثانية، تأليف A. TRASBOT et Y. LOUSSOUARN، رقم 426، صفحة 556، الجزء VI، الطبعة الثانية تأليف P. ESMEIN، صفحة 440، رقم 342 ـ J.D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 43، صفحة 285.

على ذلك[1].

وكما ذكّرت بذلك الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 30 حزيران 1980[2]، «منع الإثبات عن طريق الشهود أو القرائن ضد محتوى العقد أو غير محتواه لا يتعلق إلاّ بالفريقين المتعاقدين و(. . .) ومن المسموح به للغير المنازعة عن طريق أنماط البيّنة هذه في صدق البيانات الواردة في المستندات الخطية المحتج بها ضده، ويستتبع ذلك أن المادة 1341 لا تطبق في هذه الحالة».

والحل يبنى أحياناً على المادة 1348 من القانون المدني، والغير، بالفعل، لم يتمكن من تكوين مسبق لإثبات الصورية التي غالباً ما توجه ضده، والتي، في أي حال، بحسب التعريف، هو أجنبي عنها[3]. ويمكن، بصورة أبسط، أن يستنتج، بالنسبة إلى الغير، أن الأمر يتعلق بمجرد واقعة قانونية لا تطبق عليها المادة 1341 من القانون المدني[4].

وهكذا بإمكان أمانة السجل العقاري أن تثبت بالقرائن الخطيرة والمحددة بدقة والمنسجمة «أن عقد البيع المنازع فيه كان يخفي تبرعاً». وبإمكان المحكمة أن تستنتج من تقديرها السيد للبيّنة المقدمة «ان العملية التي تعيد إليها طابعها الحقيقي كانت خاضعة لرسوم النقل المجاني»[5]. وكذلك كما ذكّرت به الغرفة التجارية في محكمة النقض في 21 آذار 1977[6] «البيّنة على صورية شركة، بالنسبة إلى الغير، يمكن إثباتها بالوسائل جميعاً». وحكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، بصورة أخص، في 6 تشرين الثاني 1973[7]، «بإمكان Jean وGoldy Chidiac، بصفتهما غيراً بالنسبة عقد اكتساب الملكية

---

(1) حكم غرفة العرائض، 31 تموز 1872، D.73، 1، صفحة 340؛ S.74، 1، صفحة 117 ـ 22 آذار 1875، S.76، 1، صفحة 111 ـ 13 تموز 1874، S.74، 1، صفحة 469 ـ 11 آذار 1879، S.80، 1، صفحة 53 ـ 24 كانون الثاني 1881، S.81، 1، صفحة 404 ـ 12 كانون الأول 1883، S.85، 1، صفحة 80 ـ 12 تشرين الثاني 1902، S.1905، 1، صفحة 14 ـ 12 تشرين الثاني 1902، S.1905، 1، صفحة 14 ـ 7 حزيران 1935، D.H.1935، صفحة 131 ـ 8 كانون الأول 1937، مجلة قصر العدل. 1938، 1، صفحة 179؛ D.H. 1938، صفحة 114 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 16 كانون الثاني 1952، النشرة المدنية، II، رقم 30، صفحة 23 ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 17 أيار 1957، النشرة المدنية، IV، رقم 567، صفحة 404 ـ 13 آذار 1958، النشرة المدنية، IV، رقم 377، صفحة 274 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 شباط 1967، D.1967، صفحة 278.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 279، صفحة 226.

(3) انظر حكم غرفة العرائض، 31 تموز 1872، المذكور سابقاً ـ النقض المدني، 10 أيار 1905، D.1908، 1، صفحة 276؛ S.1906، 1، صفحة 92.

(4) M.DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 313، رقم 316.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 حزيران 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 168، صفحة 126.

(6) النشرة المدنية، IV، رقم 90، صفحة 77.

(7) النشرة المدنية، III، رقم 565، صفحة 413؛ مجلة قصر العدل، 1974، 1، صفحة 14 من الموجز؛ D.1974، صفحة 29 من التقرير. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الأول 1981، مجلة قصر العدل، 1982، 1، بانوراما، صفحة 89، حول صفة الغير.

(. . .) الذي كان والدهما قد تدخل فيه بصفة ممثل قانوني فقط لأولاده الأربعة القاصرين الذين كانوا قد ولدوا، Jean وGoldy، . أن يثبتا صورية هذا العقد بالوسائل كافة».

وهذه البينة يمكن أن تستنتج من مجموعة قرائن. وهكذا، مثلاً، حكمت محكمة استئناف Douai، في 12 آذار 1980[1] «بأن دخول الأولاد في شركة Simenin في شروط حصرية لتعهد رساميل كانت خاصة بهم، والاتفاق على ضمان ضد مخاطر الخسارة من قبل Louis Vilain، وإدارته كل ما يتعلق بحفرة Gand مع تعهد بالمصاريف واستخدام الأموال التي بإمكانه التصرف بها، واعترافه ذاته بأن المدفوعات التي قامت بدفعها Malterie Louis Vilain كانت لحسابه، وكذلك واقع أن التعهدات التي اتخذها لم تكن متوافقة مع قرارات الشركة، تشكل مجموعة قرائن خطيرة ومنسجمة تقود إلى الاستخلاص أنه مارس نشاطاً شخصياً بغطاء شركة تمت البرهنة على انها وهمية».

بيد أنه ينبغي التذكير بأن الغير، عندما يمارس دعوى تعود إلى أحد فرقاء الصورية، يجد نفسه في وضع هذا الفريق ذاته وهو ملزم بأنماط البيّنة نفسها[2].

وبالمقابل، كما ذكّرت بذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في حكمها بتاريخ 25 آذار 1981[3]، «يحق للوريث من أصحاب الحصص المحفوظة أن يقدم البيّنة على صورية تبرع يعتدي على حصته بالوسائل كافة». واستنتجت من ذلك بأنه «يحق له أن يستفيد من البيانات الواردة في كتاب والده بالنسبة إلى الطابع المجاني لاكتساب الملكية المنازع فيه». ومن المعروف، بالفعل، أن الوريث المتمسك بحق خاص به، وذلك حال الوريث من أصحاب الحصص المحفوظة الذي يثير اعتداء على حصته الإرثية، له عند ذلك صفة الغير بالنسبة إلى الصورية[4].

وأبانت الغرفة المدنية الأولى ذاتها، في 5 كانون الثاني 1983[5]، أن هذه البيّنة يمكن تقديمها «عن طريق القرائن». واستنتجت من ذلك «أن محكمة الاستئناف، في ممارسة

---

(1) H. VILAIN, Simenin et consorts Vilain، حكم غير منشور. قارن بـ حكم محكمة استئناف باريس، 11 تموز 1990، D.S.1991، صفحة 33، تعليق Ch. LARROUMET، استنتاج صورية شبكة علامات في ما يتعلق بملكية عقار.

(2) انظر الرقم 536 السابق، وكذلك M. PLANIOL et G.RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف P. ESMEIN، صفحة 440، رقم 342 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، صفحة 318، رقم 307 ـ J.D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 45، صفحة 286.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 105، صفحة 89 ـ انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول نيسان 1981، النشرة المدنية، I رقم 118، صفحة 101، الحكم بأن الوريث من أصحاب الحصص المحفوظة بإمكانه «إثبات هبة مستترة» بالوسائل كافة ـ 21 تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 186؛ مجلة قصر العدل، 1981، 1، صفحة 26 من الموجز ـ 8 تشرين الثاني 1977، D.1978، صفحة 240، من الموجز.

(4) انظر الرقم 536 السابق.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 7.

سلطتها السيدة في التقدير استخرجت، من ظروف البيع المنازع فيه، ومن كيفيات دفع الثمن، ومن التفحص المقارن لموارد كل من الخليلين، ومن إفلاس الشارية وإظهارات إرادة السيد Jean Arviset المختلفة النازعة التي وهب خليلته، قرائن خطيرة ودقيقة ومنسجمة بما فيه الكفاية كان، إذ أثبتت في الوقت عينه عدم دفع الثمن والنية التبرعية، من شأنها إثبات الهبة المستترة». وقد أكدت هذا الحل أيضاً في 24 تشرين الثاني 1987[1] الغرفة نفسها.

كما حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض نفسها، في 7 شباط 1979[2]، في حكم نقض لانتهاك المادتين 1341 و1134 من القانون المدني، «بما أن الوريث الفرضي من أصحاب الحصص المحفوظة، له الحق في إثبات هبة مستترة بين الزوجين بالوسائل جميعاً وكان من شأنها الاعتداء على حصته، فإن من يعارضه بإمكانه هو نفسه أن يثبت بالوسائل جميعاً أن العقد المنازع فيه ليس له طابع مجاني لأنه يتضمن مقابلاً يرتكز على التخلي المتلازم عن الحقوق لصالح أحد الزوجين». وكانت الهبة المدعى استتارها في شكل بيع وقد عارضها ولد البائع من الزواج الأول لها مقابل العدول عن شيوع الأموال بين الزوجين من قبل الزوجة التي كانت على طريق الطلاق.

وفي شأن الوصية «إذا كان التاريخ المدون في وصية بخط يد كاتبها ولم يعترض على الخط أو حكم بأنها بخط الموصي، وينبغي اعتباره صحيحاً، فإن البيّنة المعاكسة يمكن تقديمها ما دام أن أصل عناصرها ومبدأها هما في الوصية نفسها»[3]. وهكذا يشكل التنافر بين الذكر الضروري للتاريخ والبيان الاختياري لمكان تحرير الوصية المنازع فيهما وقد ثبت عدم صحتهما «عنصراً داخلياً للوصية موضوع النزاع يتيح الشك في صدق التاريخ المبين فيها» مما يفرض على قضاة الأساس البحث «عما إذا كانت الظروف الخارجية المتذرع بها . . . وجذرها كائن في هذا العنصر من شأنها إكمال البيّنة على كذب هذا التاريخ».

561 ـ البيّنة على الصورية عندما يرتدي العقد الظاهري الشكل الرسمي (او الاصل).

لهذه المسألة أهمية خاصة ذلك بأن فاعلي الصورية غالباً ما يستخدمون عقداً موثقاً لدى الكاتب العدل لخلق ظاهر خادع. والاجتهاد[4]، وفقاً للقانون العام، قبل دائماً أن الصورية،

---

(1) النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 221.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 46؛ D.1989، صفحة 66 من التقرير.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 شباط 1980، النشرة المدنية، I، رقم 46، صفحة 39 ـ النقض المدني، 11 حزيران 1902، D.P. 1902، صفحة 434 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1979، النشرة المدنية، I، رقم 4، صفحة 3 ـ 17 كانون الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 25، صفحة 19. وكذلك M.GRIMALDI, La date du testament olographe، D.1984، صفحة 253 من العرض.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، النشرة المدنية، I، صفحة 228، رقم 270 ـ 6 حزيران 1966، النشرة المدنية، I، رقم 491، صفحة 387 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1958، D.1958، صفحة 748 ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، =

في عقد رسمي، يمكن أن يبرهن عليها الفريقان كما الغير بدون أن تكون ثمة ضرورة إلى اللجوء إلى الطعن عن طريق التزوير، عندما لا تكون مادية التصريحات الواردة في العقد هي موضوع المعارضة وإنما صدقها وحسب[1]. ومعارضة صدق تصريح الفريقين، بالفعل، «لا تؤدي إلى مناقشة واقعة تثبت منها موظف عام شخصياً حرر العقد مجدداً[2]»، وهو شرط ضروري للاعتراف بالشكل الرسمي.

غير أنه لوحظ أن بعض الأحكام يبدو أنه ذهب أبعد من ذلك بقبول أن الصورية المحققة في عقد رسمي والتي يتمسك بها أحد الفريقين يتم إثباتها بالوسائل كافة، وذلك شذوذ عن القانون العام للمادة 1341 من القانون المدني[3]. ولا شك في أن هذه الأحكام كان يمكن أن تبني هذا الحل على التحقق من الغش الذي يبدو موجوداً في الحالات المعنية. بيد أن محكمة النقض يبدو أنها قبلت أن الصورية، في هذا المجال، بحد ذاتها، تنتج مفاعيل الغش بدون أن يكون من الضروري التحقق منها[4].

حتى أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض قبلت، في حكمها الصادر في 30 تشرين الأول 1961، في غياب الغش، وفي أي حال بدون أيّ تلميح إليه، أنه «أياً كانت البيانات الواردة في العقد المبرم لدى الكاتب العدل، كان من الممكن دائماً إثبات الصورية التي تشوب هذا العقد بالوسائل كافة»[5].

= 2 تموز 1953، مصنف الاجتهادات الدوري، 1954، II، 8324، تعليق P. OURLIAC et M. de JUGLART ـ النقض المدني، 5 حزيران 1950، S.1951، 1، صفحة 138؛ النشرة المدنية، I، رقم 192، صفحة 97 ـ حكم غرفة العرائض، 8 كانون الأول 1937، مجلة قصر العدل، 1938، 1، صفحة 179؛ D.H. 1938، صفحة 114 ـ النقض المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H. 1935، 1، صفحة 128 ـ 2 نيسان 1924، مجلة قصر العدل، 1924، 2، صفحة 54. ـ حكم غرفة العرائض، 28 كانون الأول 1904، D.1905، I، صفحة 422 ـ 4 كانون الثاني 1897، D.P.97، 1، صفحة 126 ـ 26 حزيران 1883، D.P. 84، 1، صفحة 229 ـ 24 تشرين الثاني 1881، S.81، 1، صفحة 404.

(1) حكم الغرفة المدنية، الأولى في محكمة النقض، 6 حزيران 1966، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الأول 1971، المذكور سابقاً.

(3) انظر J.D. RAEDIN، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38، صفحة 281، الذي استشهد بحكم غرفة العرائض، 30 أيار 1900، S.1901، 1، صفحة 27 ـ النقض المدني، 5 آب 1902، S.1903، 1، صفحة 319 ـ حكم غرفة العرائض، 9 كانون الأول 1913، D.P.1919، 1، صفحة 29 ـ النقض المدني، 5 حزيران 1950، S.1950، 1، صفحة 138.

(4) انظر J.- D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً.

(5) النشرة المدنية، I، رقم 491، صفحة 387. تمكنت المحكمة البدائية في سين، تطبيقاً لهذا الاجتهاد، من الحكم صراحة، في 26 أيار 1965، (مجلة قصر العدل، 1965، 2، صفحة 390)، بأن الصورية تنتج في العقود الرسمية مفاعيل الغش ذاتها مما يجيز لمكتسب الملكية الحقيقي أن يجعل منها البيّنة بالوسائل كافة، ولاسيما عن طريق مجرد قرائن ضد مكتسب الملكية الوهمي. وهذا الحل المنازع فيه بالنظر إلى القوة المثبتة التي يجب أن ترتبط بالعقود الرسمية يمكن أن يسوّغ مع ذلك بالخطورة الخاصة لصورية ترتدي هذا الشكل. انظر في الاتجاه ذاته J.D. BREDIN، المقالة المذكورة سابقاً وM. DAGOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 320، صفحة 317 ورقم 318.

ويبدو أن محكمة النقض عادت، منذ ذلك الحين، إلى حل أكثر توافقاً مع الثقة المتوجبة للتحققات من العقد الرسمي.

وطرحت الغرفة التجارية، في 12 تشرين الثاني 1974[1]، من حيث المبدأ، في حكم نقض لانتهاك المادة 1319 من القانون المدني «انه، استناداً إلى أحكام هذه المادة، إذا كانت العقود الرسمية توحي بثقة تامة إلى أن يتم الطعن في الاتفاقيات التي تتضمنها، فذلك بالنسبة إلى الوقائع التي ضمّنها إياها الموظف العمومي بأنها جرت بحضوره، بيد أن هذا النص لا يشكل عقبة أمام إمكانية أن تكون الاتفاقيات أو التصريحات التي تحتويها مشوبة بالصورية إمّا من قبل الغير، وإمّا من قبل أحد الفريقين». واستنتجت من ذلك أن المدعين «يحق لهم أن يثبتوا، ضمن أحكام القانون العام، الصورية التي يرون أن العقد الرسمي مشوب بها». إن الطعن عن طريق التزوير المستبعد لسبب رسميته ليس مرتبطاً هنا إلاّ بما تحقق منه الكاتب العدل شخصياً.

وقد استعادت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكمها الصادر في 4 آذار 1981[2] المبدأ ذاته في التعابير عينها.

وقد لاحظت في 19 نيسان 1977[3] أن «أن الكاتب العدل محرر العقد إذا لم يتحقق بنفسه من الدفع، فإن بيّنة كهذه ليست ضد الثقة المتوجبة للتحققات التي قام بها في ممارسة وظائفه» مع أنها تحققت بالموازاة من وجود الغش. وبالعكس ذكّرت، في 8 كانون الثاني 1975[4]، بأنه، عندما تكون الواقعة، ولاسيما التسديد، قد حصلت «بمرأى من الكاتب العدل»، لا يستطيع المدعي أن يدعي أنه قام بالتسديد بموجب شيك مسحوب على حسابه الجاري الشخصي، ذلك بأن «ادعاء كهذا مناقض لتحققات (. . .) عقد رسمي، ولا يمكن القيام به إلاّ الطعن عن طريق بالتزوير».

---

(1) النشرة المدنية، IV، رقم 286، صفحة 235؛ مجلة قصر العدل، 1975، 1، صفحة 36 من الموجز؛ D.1975، صفحة 27 من التقرير.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 79، صفحة 65.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 172، صفحة 135؛ يوميات الكتابة العدل، 1978، البند 54251، ملاحظة J.V.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 10. على أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض حكمت، في 29 تشرين الأول 1974، (مجلة قصر العدل، 1975، صفحة 4 من الموجز، حكم غير منشور في النشرة الرسمية)، بأن الثقة المتوجبة للعقد الرسمي غير مرتبطة إلاّ بالتحققات التي يقوم بها الكاتب العدل وليس بالتحققات، المتعلقة بمصدر الأموال التي لم يتحقق من مصدرها، ومع الأخذ في الحسبان أن الصورية يمكن إثباتها بالوسائل جميعاً عندما يكون هدفها تضييع عمل يحظره القانون، كهبة سببها غير مشروع، فقد تمكنت إحدى محاكم الاستئناف من التقرير، رغماً عن الذكر بأن الثمن الكامل للعقار جرى دفعه بمرأى الكاتب العدل، وبالنظر إلى التحققات المقدمة واتفاق الفريقين أمام قضاة الأساس، بأن اكتساب الملكية المنازع فيه جرى بأموال قدمها للشارية خليلها وأنه يشكل هبة مستترة كان سببها استمرار العلاقات غير المشروعة القائمة بين الفريقين وكانت بالتالي مشوبة بالبطلان.

الباب الفرعي II

نسبية الرباط الإلزامي

562 ـ ليس للعقد، كما رأينا، من حيث المبدأ، مفاعيل إلزامية إلاّ بين الفريقين.

ولا تمنع نسبية الرباط الإلزامي مع ذلك إبرام عقود لصالح الغير تتيح له أن يصبح فريقاً فيها. وهذه العقود لصالح الغير، سواء تعلق الأمر بالتمثيل أو الاشتراط لصالح الغير، لها اليوم أهمية عملية ونظرية كبيرة.

ونسبية الرباط الإلزامي لا تشكل عقبة أيضاً أمام التنازل عن العقد، على الأقل عندما يجيز القانون هذا التنازل أو يفرضه، لأن التنازل الاتفاقي المفترض عن العقد ينشىء فقط عقداً جديداً بين المحيل والمحال عليه. ويشكل التنازل عن العقد، في الفرضيات التي يجيزها القانون أو يفرضيها، بخلاف حوالة الحق أو حوالة الدين، عملية تتناول العقد ذاته وليس الموجبات التي يولدها فقط. ولذلك ينبغي أن تتم دراسته هنا. وسنرى أنه يفسح في المجال لجدال مهم يفرض حله نظاماً بكامله.

وتصحح لعبة الدعوى المباشرة أخيراً المفعول النسبي للعقد إذ تتيح امتداد بعض المفاعيل الملزمة للعقد لصالح الغير الموجود في وضع خاص، بدون أن يكتسب مع ذلك صفة فريق لأنه لم يبرم العقد ولم يتم استبداله بمن أبرموه، ويتملك هكذا امتيازات مرتبطة بهذه الصفة، أي سلطة تعديل العقد أو وضع نهاية له بتوافق إرادته مع إرادة الفريق الآخر. والدعاوى المباشرة هي اليوم وافرة العدد وأهميتها العملية متنامية ومسألة مجموعات العقود التي تفسح في المجال هي أيضاً للجدال مرتبطة بشكل وثيق بها. وهذا يعني الأهمية العملية والنظرية لدراسة الدعوى المباشرة.

وسندرس على التوالي العقود لصالح الغير والتنازل عن العقد والدعوى المباشرة.

الفصل الأول

العقود لصالح الغير

563 ـ سنرى، إلى جانب التمثيل الاتفاقي، الوعد بضمان موافقة الغير والاشتراط لصالح الغير اللذين يتيحان إبرام العقود لصالح الغير.

القسم 1

التمثيل الاتفاقي (أو النيابة الاتفاقية)

564 ـ التمثيل الضروري لنمو التبادلات يثير جدالاً حاداً على الصعيد النظري.

يؤخذ تقليدياً بأن ثمة تمثيلاً عندما ينجز أحد الأشخاص عملاً قانونياً باسم شخص آخر ولحسابه ضمن شروط بحيث أن المفاعيل الإيجابية والسلبية لهذا العمل تنتج مباشرة في ذمة هذا الشخص الأخير المالية[1].

ولهذه الإوالية تاريخ غامض[2]. ويبدو أنها لم تفرض نفسها إلاّ تحت ضغط الحاجات المتزايدة للتجارة القانونية[3].

كانت شكلية القانون الروماني الأولى تتطلب ممن يبرم عقداً أن ينجز شعائر معدّة لتحديد الإرادة بدقة والإحاطة بها. وهكذا لا يمكن ان يكون الشخص الذي لم ينجزها ملتزماً[4]. يضاف إلى ذلك أن الروابط التي تربط بين شخصين وليس بين ذمتين ماليتين في

---

(1) H. CAPITANT, Introduction à l'étude du droit civil، الطبعة الثانية، 1904، صفحة 329 ـ R. DEMOGUE, Traité des obligations en général، الجزء I، 1923، رقم 89، صفحة 73 ـ M.PLANIOL et G.RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، 1930، بمعاونة P. ESMEIN، رقم 54، صفحة 70، ومنذ وقت أحدث F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 165، صفحة 131 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations، الموجبات الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 91، صفحة 86 ـ Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات ـ العقد، الطبعة الثانية، 1990، رقم 153، صفحة 149 ـ J. CARBONNIER, Droit civil، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السادسة عشرة، 1992، الفقرة 116، صفحة 228.

(2) بدأنا بها في روما «انظر حول قانون اليونان القديمة وإمكانية التمثيل ـ L. BEAUCHET, Histoire du droit privé de la République athénienne، الموجبات، 1897، صفحة 375.

(3) قارن بـ R. SAVATIER, L'ecran de la représentation devant l'autonomie de la personne، 1959، صفحة 47 وما يليها، الذي، بعد أن رد مختلف التفسيرات التقنية للتمثيل، يستسلم أمام الأمر الواقع لبيان أنها «تبدو (. . .) كظاهرة صادرة عن حاجة الحياة القانونية» (رقم 4، صفحة 48)، وتتيح «شعاع» الوعد (رقم 11، صفحة 50).

(4) انظر J. ORTOLAN, Explication historique des institutes de l'Empereur Justinien، الطبعة الثانية ـ

القانون الروماني[1]، والتي تمت بحضور كل منهما هي وحدها التي يمكن الالتزام بها. واستحالة إبرام عقد عن طريق التمثيل الناتجة عن ذلك لها حدودها في الطابع الجماعي للقانون الروماني. إن الأشخاص الموضوعين تحت تبعية رئيس الأسرة (olieni juris) بإمكانهم بالفعل اكتساب الملكية بشكل سليم لصالح هذا الأخير[2]. حتى أن المقرض، حوالي نهاية الجمهورية، كان يقبل أن يتمكن هؤلاء الأشخاص من التعاقد على ديون باسمه[3]. ويبدو خارج هذه الفرضيات، ورغماً عن ترشيخ مجال الدعوى المسماة adjectitiœ qualitatis[4]. إن السماح للغير بممارسة دعوى نافعة ضد الموكل ومن يساس لحسابه كان بتأثير الفقيه Popinien وحسب[5]. وإذا كان يمكن اعتبار أن فكرة التمثيل بدأت باختراق القانون الروماني عن طريق دعاوى كهذه، فإن الدائن لم يفعل سوى أن أضاف إلى دائنه دائناً آخر بدون أن تسري مفاعيل العقد على هذا الدائن الآخر بصورة مباشرة أو غير مباشرة[6]. وهذا الحل، المعتمد من وجهة النظر السلبية، لم يؤخذ به من الناحية الإيجابية

= عشرة، 1883، تأليف J-E. LABBÉ، رقم 1337، صفحة 199: «يتكون العقد بالأقوال (verbis) وقديماً بين الذين تفوهوا بها: Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur».

(1) انظر TELEMAN, De la représentation en matière réelle et personnelle en droit romain، أطروحة في باريس، 1900، صفحة 9 وصفحة 10، وحول العرض العام «للتمثيل» في القانون الروماني، الصفحات 61 إلى 125.

(2) انظر F.C. DE SAVIGNY, Traité de droit romain، الجزء III، الطبعة الثانية، 1856، ترجمة Ch. Guenoux، الصفحات 93 إلى 95، على أن هذا التحقيق كان مقيداً في الممارسة لأن رئيس الأسرة، الذي أصبح عن هذه الطريق دائناً وليس مديناً، لم يكن بإمكانه إبرام أي عقد معاوضة.

(3) انظر F. GIRARD, Manuel élémentaire de droit romain، الطبعة الثامنة، 1929، تأليف F. SENN، 1929، الصفحات 707 إلى 713.

(4) انظر M. STORCK, Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، منشورات L.G.D.J، 1982، مقدمة HUET-WEILLER، رقم 98، صفحة 75.

(5) F.GIRARD، المرجع عينه، صفحة 713 وصفحة 714.

(6) استنتج F.GIRARD من ذلك (المرجع عينه، صفحة 715)، أنه «لم يكن هناك تمثيل حقيقي نتيجته اعتبار أن عقد الممثَّل قد أنجزه الممثِّل، ذلك بأنه، إذا أصبح من أبرم العقد لصالحه خاضعاً للملاحقات فإنه كان يبقى فيه دائماً خاضعاً له: تمثيل حقيقي يستدعي، من جهة أولى، أن يكون الممثَّل خاضعاً للملاحقات، مع أن اسمه لم يرد في العقد، ومن جهة ثانية، أن لا يكون الممثِّل خاضعاً للملاحقات، ولو كان في العقد». وبتعابير أخرى يعارض المؤلف واقع أن الحالات المسماة تمثيلاً غير كامل تشكل تمثيلاً أصيلاً (انظر مع ذلك الصفحة 716، الفقرة 3، حيث يتكلم المؤلف على «تمثيل كامل» في حالتين استثنائيتين وفيهما تنتج مفاعيل العقد مباشرة، وإنما ليس حصرياً، على شخص الممثَّلين). ومن المناسب البيان هنا أن مفهوم التمثيل غير الكامل ظهر في الأدب القانوني حديثاً نسبياً، إلى درجة أن التفريق بين التمثيل الكامل والتمثيل غير الكامل يشكل لدى بعض المؤلفين قمة التقسيم لعرض المادة (انظر Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 664 وما يليه - Ch. LARROUMET، المرجع عينه، رقم 154، وما يليه - F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، رقم 165، وما يليه. قارن بـ CARBONNIER، المرجع عينه، الفقرة 117، صفحة 230، الذي يفرق في صدد مفاعيل التمثيل الفوري وغير الفوري بين التمثيل الفوري وغير المباشر). وتتيح دراسة القانون الروماني معارضة وصف «التمثيل» المعطى للتمثيل غير الكامل (انظر بهذا المعنى G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، رقم 91، =

فقد جرت معارضة هذا التوسع، رغماً عن مماثلة ممكنة بين الوضعين[1]، عندما لا يؤخذ بأن الوسيط الملزم دائماً يكون الدائن الوحيد مما يوصل إلى التضحية بمصالحه[2].

ويبدو، في ما هو أبعد من هذا الشكل التقني، أن تطور القانون الروماني يمكن تفسيره بالانتقال من مجتمع زراعي إلى مجتمع تاجر عليه مضاعفة علاقات الأعمال الغائبة بعيداً عن الدائرة العائلية[3]. وليس ثمة ما يدعو إلى الدهشة إذاً أن يكون التمثيل، رغماً عن الاستثناء الشهير المنازعات الكنسية العنيفة منذ القرن التاسع[4]، مجهولاً على وجه التقريب من القانونيين حتى بداية القرن الثامن الموسوم بتجدد التبادلات التجارية والدبلوماسية[5]. إن فقهاء القانون الكنسي، بكون التمثيل كان مقبولاً في تلك الحقبة، هم الذين سيؤكدون بشكل أساسي نظريته[6] حتى القرن السابع عشر إلى درجة أن Domat وPothier سيكتفيان باستعادة الصيغ القائمة[7].

ولهذا لا تحوي مدوّنة قوانين نابوليون أي نص عام متعلق بهذه الإوالية[8]. ولم تعالج

= صفحة 86. قارن بـ M. PLANIOL, Traité élémentaire de droit civil، الجزء I، الطبعة الثانية عشرة، 1932، تأليف G. RIPERT، رقم 300، صفحة 124، الذي يأخذ بأن التمثيل يدل على «تدخل شخص يعمل لصالح الغير بدون أن يتأثر بالنتائج القانونية التي ينتجها العقد». وإوالية «التمثيل غير الكامل» تبدو بالفعل مقترنة بتطبيق قديم للقانون الروماني لم يُنعت إطلاقاً على هذا النحو (انظر H. CAPITANT، المرجع عينه، صفحة 331). إمكانية إبرام عقد بواسطة الغير لا تستوجب بالضرورة أن يكون هذا العقد قد تم إبرامه عن طريق التمثيل (انظر J. ORTOLAN، المرجع عينه، رقم 1551، صفحة 313 وصفحة 314).

(1) انظر F.GIRARD volontaire، المرجع عينه، صفحة 717، التعليق 2، والمؤلفين الألمان المستشهد بهم.

(2) F.GIRARD، المرجع عينه، الصفحات 717 إلى 719.

(3) انظر على سبيل المثال، F. C. SAVIGNY، المرجع عينه صفحة 95. وكذلك Cl. GIVERDON, L'évolution du contrat de mandat، أطروحة في باريس، 1947، رقم 11 وما يليه.

(4) لجأت الكنيسة التي لم تستطع الدفاع أمام القضاء العلماني إلى وكلاء مختصين بالدعاوى. ومن الممكن مع ذلك أن تكون مهمتهم، في بعض المناطق، قد امتدت إلى إبرام عقود قانونية؛ انظر F. SENN, L'institution des avoueries ecclésiastiques en France، 1903.

(5) وهكذا يرسل البابا، منذ القرن الثامن في مهمة، ممثلين له مزودين بامتيازات واسعة لتمثيله ـ تقرير R.DE QUENAUDON, Recherches sur la représentation volontaire dans ses dimensions interne et international، أطروحة في ستراسبورغ، 1979، طبع على الآلة الكاتبة، رقم 22، صفحة 40، نسبة غياب اللجوء إلى إوالية التمثيل، ولاسيما ابتداء من القرن الثامن، «إلى تقلص التبادلات، أي إلى «جعل الغرب ريفياً» وإلى انكماش الآفاق». قارن، في القرن السادس عشر، بصيغة Loysel: «من يجعل الغير يعمل يعمل ما فيه الكفاية» (انظر H. ROLAND et L. BOYER, Adages de droit français، منشورات Litec، الطبعة الثالثة، 1932، رقم 23).

(6) لنتذكّر نظرية السيف ذي الحدين (التي كرسها بونيفاس الثالث في براءته البابوية Unan Sanctam (في العام 1302)، وبمقتضاها يمارس الملوك والأباطرة سلطتهم الزمنية عن طريق تمثيل رأس الكنيسة الذي يمثل بدوره لله على الأرض.

(7) انظر حول مجمل المسألة ـ J-L. GAZZANIGA, Mandat et représentation dans l'ancien droit، القوانين (6) التمثيل، 1987، الصفحات 21 إلى 30.

(8) تعالج مدوّنات قوانين أحدث وحدها التمثيل بصورة عامة، كمدوّنات القوانين الألمانية (المواد 164 إلى =

هذه المدّونة، خارج حالة المثيل الإرثي الخاصة[1]، إلاّ الإوالية في شأن الوصاية والوكالة[2].

وقد أثارت إوالية التمثيل القانونية، التي جرت ممارستها إلى حد كبير وكانت منفعتها الاجتماعية مقبولة[3]، جدالاً نظرياً حاداً خلال القرن التاسع عشر، ولم يكن ذلك لدى المؤلفين الألمان والإيطاليين وحسب وإنما لدى الفرنسيين أيضاً. إن مناقشات كهذه تتجاوز مجال التمثيل الاتفاقي وحده وتنبجس أحياناً من جديد معروفة وتستحق مجرد ذكرها. إلاّ أنه يجب أن لا تقنّع توجه القانون الوضعي الذي هو أقل وسماً بالنقاشات النظرية مما هو مرسوم بإرادة ثابتة لتسهيل نمو التبادلات[4] وينزع أيضاً إلى توسيع مجال التمثيل الاتفاقي.

وهذا النقاش المزدوج حول طبيعة التمثيل ومجاله ما أن يدور ويتيح بصورة أفضل تطويق مفهومه، حتى يكون بإمكاننا معالجة المسألة الأكثر ثباتاً لنظامه.

الفقرة 1 ـ مبادىء التمثيل الاتفاقي

565 ـ يبقى الأساس القانوني للتمثيل أحجية إلى حد كبير. ولم يتمكن أيٌ من التفسيرات المقدمة على التوالي على المسألة المطروحة ـ كيف يمكن أن لا يكون أحد الأشخاص الذي يبرم عقداً يحدد بعض نصوصه ملزماً بهذا العقد الذي ينتج مفاعيله على شخص الغير؟ ـ من الإتيان بجواب يتلقى موافقة جماعية.

ولهذا عرفت إواليته صلابة ثابتة، فمفهومها تعدل اليوم، بتأثير هذا العامل القوي لنمو التبادلات بصورة أساسية، هذا النمو الذي يشكل في الحقبة الحالية تطور تقنيات توزيع المنتجات والخدمات.

= 180) والسويسرية.(المواد 32 إلى 40 من قانون الموجبات) ـ انظر حول لمحة عن القانون المقارن R. DEMOGUE، المرجع عينه، الأرقام 151 إلى 155 ثلاثاً.

(1) المادة 739 وما يليها من القانون المدني. وفي رئاية تقليدية يفترق التمثيل في العقود القانونية عن التمثيل الإرثي لأنه لا ينظر إلى الأول كتمثيل للشخص وإنما للإرادة.

(2) قارن بـ POTHIER, in Œuvres de Pothier، تأليف M. BUGNET، الجزء V، 1847، رقم 87، صفحة 207، الذي يُستند إلى التمثيل في مجال الوكالة وحده عندما كتب «أن الوكالة» في هذه المادة «تفترض أن يكون الموكل قد تعاقد عن طريق من كلفه (وكيله)».

(3) ألم يكتب Trophlong (Droit civil expliqué ـ الوكالة، الجزء XVI، 1846، صفحة V) إن «الإنسان يتضاعف، عن طريق الوكالة، في الأماكن الأكثر تنويعاً، ولذلك لا حاجة إلى التنجيم أو السحر هل أن مجرد عقد يكفي لصنع النتيجة».

(4) يجب كذلك بيان أن التمثيل ليس سوى وسيلة تقنية في خدمة المصالح العملية عندما يقبل نظامنا مفهوم الذمة المالية للتخصيص. فالبلدان الانغلوساكسونية التي لا تعرف التمثيل تسهل مع ذلك إدارة أموال الغير حتى أنها تتيح للفرد أن يدير مجموعات متميزة من الأموال؛ انظر حول هذه النقطة، E. GAILLARD, La représentation et ses idéologies en droit privé français الحقوق (6)، التمثيل، 1987، صفحة 92 وصفحة 93.

I ـ أساس التمثيل الاتفاقي المتعذر إيجاده

566 ـ التمثيل، في الفقه التقليدي، مبني بدلياً على الإرادة، الوهمية أو الحقيقية، وعلى القانون الموضوعي.

إن الجدالات النظرية الأكثر تقليدية التي تتجاوز مجال التمثيل الاتفاقي تضع في المواجهة المؤلفين الذين يبنون إواليته على الإرادة والذين يبينون عدم منفعته أو يقدرون أنه ليس سوى مفعول للقانون الموضوعي[1]. على أن أيّاً من البراهين المقدمة من هذا الجانب أو ذاك ليس مرضياً الكامل.

وينقسم المؤلفون المتعلقون بالإرادة إلى فئتين.

هناك أولاً الذين يرون أن التمثيل هو وهم إرادة؛ فالممثَّل «يفترض» أنه يرتبط بالغير عن طريق ممثِّله qui mandat, ipse fecisse videtur[2]. وينبغي ايضاً التفريق بين بعض المؤلفين الالمان الذين، اذ يأخذون بفكرة الوهم، يرون ان الممثِل هو المتعاقد الحقيقي[3]. بيد أنه جرى بصواب بيان أن وهماً كهذا يشكل، إذ ربما يكشف الصعوبة في صنع مفاهيم جديدة، التثبت من عجز أكثر مما يشكل تفسيراً[4].

وتمكن آخرون من تسويغ التمثيل استناداً إلى حقيقة الإرادة. غير أن هذه الفئة لا تستبعد التفريق.

وهكذا شدّد Savigny أولاً على إرادة الممثَّل بتقليص الممثِّل إلى مجرد رسول[5].

---

(1) انظر حول تقديم مفصّل لمختلف التحاليل الفقهية، R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 45 ـ 73.

(2) انظر بهذا المعنى، بالإضافة إلى Pothier (المرجع عينه، رقم 87، صفحة 207) الذي غالباً ما يظهر نفوذه، M. TROPLONG، المرجع عينه، رقم 595 صفحة 565؛ J-E. LABBÉ, Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires، 1856، صفحة 11: «يجب اللجوء إلى وهم للقول إن من ورد في عقد ما غير ملزم، في حين يلزم أحدهم الذي لم يوافق عليه» ـ M. PLANIOL، تعليق على حكم الغرفة المدنية، 18 تموز 1892، D.1892، 1، صفحة 585، حول «تولية رمزية» وTraité élémentaire de droit civil، الجزء I، المذكور سابقاً رقم 1848، صفحة 634، وما يليها والجزء II، الطبعة الحادية عشرة، تأليف G. RIPERT، رقم 2240 مكرر، صفحة 789 (مع أن التحليل مردود في PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، رقم 55، صفحة 73) ـ M. BOYER, Essai sur la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في تولوز، 1898، صفحة 4 ـ Magnin, De la représentation؛ أطروحة في باريس، 1899، صفحة 6 ـ P. BOUQUIER, Etude générale de la représentation dans les actes juridiques، أطروحة في مونبلييه، 1899، صفحة 22.

(3) WINDSCHEID, Pandekten، الجزء II، الفقرة 313، الذي استشهد به G. MADRAY, Essai d'une théorie générale de la représentation en droit privé français، أطروحة في بوردو، 1931، صفحة 110.

(4) انظر A. ROUAST, rapport sur La représentation dans les actes juridiques، في أعمال رابطة H. CAPITANT، الجزء IV، 1949، صفحة 117 ـ G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 108.

(5) الموجبات، II، الفقرة 57 وقد استشهد به E. PILON, Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations أطروحة في كان، 1897، رقم 26 وما يليه.

ولكن ذلك يؤدي إلى إنقاص دور الممثِّل للغاية[1]، وهو الذي يملك، باعتباره مجرد ناطق (nuntuis)، نوعاً من المبادرة، وإلى جعل مختلف حالات التمثيل القانوني بدون تفسير.

وأقام غيرهم وزناً لإرادة الممثَّل. فقد كتب أحدهم[2] أنه إذا كان الممثَّل ملتزماً فلأن «إرادة الممثِّل جاءت بديلاً عن إرادة الممثَّل (. . .) وشاركتْ مباشرة وفعلياً في تكوين العقد الذي ينتج مفاعيله في ذمة الممثَّل المالية». وهذه السلطة المطلقة المعترف بها لسلطان الإرادة[3] كانت بالطبع موضع انتقاد الذين أعادوا النظر في المذهب[4]. وأكثر من ذلك، أخذ عليها عدم تفسير جميع حالات التمثيل القانوني[5] والاتفاقي[6]، وارتكاز لا يأخذ به

---

(1) انظر M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 119، صفحة 86.

(2) E. PILON المذكور سابقاً، رقم 31، صفحة 47. يرتكز تحليل المؤلف على نظرية موضوعية للموجب: وهذا الموجب، بكونه رباطاً بين ذمتين ماليتين، فإن الشخص ليس فيها سوى الجهاز، ولذلك «كل ذمة مالية يمكن أن توجد ملزمة بذمة مالية أخرى غير جهازها الطبيعي، و(. . .) لا أستطيع وضع إرادتي في خدمة ذمة مالية أخرى بدون التزام ذمتي المالية» (الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 48). قارن بـ J. CLARISE, De La représentation. Son rôle dans la création des obligations، أطروحة في ليل، 1949، ولاسيما رقم 86، صفحة 173، ورقم 89، صفحة 178، الذي يفصل بين العنصرين الموضوعي والذاتي للعقد ليأخذ بأنْ مفاعيل العقد يمكن أن تنتج في ذمة مالية متميزة عن الذمة المالية للشخص الذي أبرم العقد. وهذا الفصل بين الذمة المالية والشخص بدا أنه أغرى H. CAPITANT، المرجع عينه، صفحة 335: «أليس من الأفضل (. . .) الاعتراف أخيراً بأن العقد القانوني يمكن أن ينتج مفاعيله عن شخص غير الشخص الذي أنجزه».

(3) انظر D. CORBESCO, De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats، أطروحة في باريس، 1912 (بإشراف Planiol)، رقم 89، صفحة 77: يتيح مبدأ سلطان الإرادة «تلخص أن يجعل من مبادرته الشخصية أعمالاً قانونية تنتج مفاعيلها مباشرة وفوراً في ذمة الممثَّل المالية». انظر أيضاً H-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، الموجبات ـ النظرية العامة، 1991، الطبعة الثانية، تأليف F. CHABAS، رقم 155، صفحة 139.

(4) انظر G.MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 114 إلى 122. قارن بـ R.SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 47، الذي يبين أن «مسلمة سلطان الإرادة ليس لها معنى إلاّ أن تكون الإرادة التي ألزمت الإنسان هي إرادته».

(5) كيف يمكن أن تحل إرادة الممثِّل محل إرادة الممثَّل غير الموجود من حيث المبدأ؟

(6) إنها تترك مختلف حالات التمثيل الاتفاقي بدون تفسير. فنظرية سلطان الإرادة تمنع بالفعل أن يكون الشخص ملزماً بدون أن يكون قد أراد ذلك. كما يرى المتمسكون بها أن حدها هو في «معارضتها الصريحة»، (D. CORBESCO، المرجع عينه، قارن بـ E. PLILON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 36، صفحة 51). ورأى بعضهم (G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 120 وصفحة 121؛ R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 48) أن نظرية سلطان الإرادة وحدها لا تصلح كتفسير كون الموكل ملزماً بالعقود التي أبرمها الوكيل الذي عزله عندما يكون الغير حسن النية (انظر الرقم 584 اللاحق). وهذا النقد المرتكز على نظرية الظاهر ليس مع ذلك خاصاً بالتحليل الإرادوي للتمثيل؛ ولا يمكن أن يشكل فيها نقداً حاسماً. والتمثيل الاتفاقي بالمقابل، ولو كان مبْنياً على إرادة الممثَّل، يصطدم بالأحكام الفردائية للمادة 1134 (إذا كان الممثِّل «يصنع» العقد بإبرامه فيجب أن يكون ملزماً به؛ والحال أن التمثيل لا يجبر، من حيث المبدأ، إلاّ الممثَّل)، والمادة 1165 من القانون المدني، وهي النتيجة الطبيعية، تشمل «الفرقاء المتعاقدين» كما الفرقاء الذين «صنعوا» العقد، خارج الفرضية القانونية للوكالة (المادة 1984).

القانون الوضعي على فصل بين الذمة المالية والشخص[1]، وفي الحقيقة عدم استبعاد أي حصة من الوهم[2].

فأخذ بعضهم عند ذلك بأن التمثيل هو كيفية للعقد القانوني، باعتبار أن الكيفية تعرّف بأنها «أحد العناصر الطارئة الذي يتأثر مضمونه القانوني بالقانون أو بإرادة الفريقين»[3]. والعمل القانوني، من حيث المبدأ، لا يربط إلاّ الأشخاص الذين شاركوا في تكوينه. والكيفية التي هي التمثيل هنا ينبغي أن تتيح للعقد المبرم بين الممثِّل والغير أن ينتج مفاعيله على شخص الممثَّل. بيد أنه لا يمكن قبول أن التمثيل ليس سوى كيفية (أو حق إرادي) للعقد بالطريقة نفسها كما الأجل أو الشرط، أي عنصر ثانوي؛ إنه من جوهره ذاته: فعقد التمثيل بدون تمثيل يستحيل وجوده[4]!

وادعى مؤلفون آخرون بناء التمثيل على تعاون الممثَّل. إنها الفرضية التي نادى بها Demogue في فرنسا[5]: يحدد Demogue، بعد أن علم بتقهقر الفردانية لصالح التضامنية، ان الممثِّل والممثَّل يشكلان فريقاً اجتماعياً يجب أن يتحمل، بالنسبة إلى الغير، شكل تضامن إيجابي يتعلق بعقد الإدارة المعد للتنفيذ[6]. على أنه من الصعب تفسير هذا التضامن تقنياً،

---

(1) انظر A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 118. يستند المؤلف إلى المادة 2092 من القانون المدني التي تنص على أن من يلتزم «شخصياً» يلتزم على مجمل ذمته المالية. وهذا البرهان يستقيم إذا اعتبرنا أن التمثيل لا يتحلل كاستبدال شخص الممثَّل بشخص الممثِّل.

(2) كيف يمكن بالفعل اعتبار التمثيل يتحلل في أن تحل محل الشخصية القانونية «الحقيقية والتامة» (E. PILON، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 46) محل إرادة الممثَّل بدون اللجوء إلى الوهم؟ ـ انظر M. STORCK، المرجع عينه رقم 115 وما يليه.

(3) H. LÉVY-ULLMANN, La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques, in Acta academiæ universalis jurisprudentiõ comparativæ الجزء I، 192، صفحة 342. انظر في الاتجاه عينه L. OSIAS, L'acte abstrait en droit comparé، أطروحة في باريس (بإشراف Lévy- Ullmann)، 1924، صفحة 23 ـ R. POPESCO-RAMNICEANO, De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé، أطروحة في باريس، 1927، الصفحات 217 إلى 221؛ Refléxions sur le problème de la représentation en droit privé، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1932، صفحة 435 وما يليها.

(4) انظر G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 127 وصفحة 128 ـ ROUAST، المرجع عينه، صفحة 119 ـ M.STORCK، المرجع عينه، رقم 124، صفحة 89، والإسنادات المستشهد بها.

(5) تقرير MITTIES, Die lehre von der stellvertretung، 1885، الفقرة 13، الصفحات 109 إلى 126 وTARTUFARI, Della rappresentanza nellelconclusione die contratti، رقم 439 وما يليه (استشهد بهما Demogue، المرجع عينه، رقم 149، قارن بـ H-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الجزء II، المجلد الأول، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 155، صفحة 139 وصفحة 140.

(6) المرجع عينه، ولاسيما رقم 150، الصفحات 242 إلى 244، يضيف المؤلف أن «الممثَّل شخص له، لأسباب تضامن اجتماعي، سلطة على ذمة الغير المالية» (صفحة 243، II). قارن بـ R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، الذي ينتقد نظرية سلطان الإرادة لتكريس نظرية الجهاز.

ذلك بأن التحليل يبين تسويغاً فكروياً أكثر منه قانونياً[1]. وهو لا يتيح، لارتباطه بإرادة مشتركة، فهم فرضيات التمثيل القانوني ولا الفضول[2]. ولكونه مندفعاً حتى الوصول إلى غايته يجعل الممثَّل حتى الممثِّل ملتزماً.

وقد شاء مؤلفان، بدلاً من توفيق بلا طائل بين الإرادة، الحقيقية أو الوهمية، والتمثيل، إخضاعه لقانون موضوعي إلى درجة نفي منفعته بالنسبة إلى Duguit[3]. وهذا القانوني البارز يأخذ بأن مفهوم التمثيل يرتكز على «الفكرة الخاطئة (. . .) في أن إرادة من هو أهل للحق تظهر في العمل القانوني الذي هو السبب المولد للمفعول القانوني الذي يتبعه». والقانون الموضوعي، في عرفه، هو الذي، إذ يعطي الصلاحية لأحد الأشخاص لإتمام عمل قانوني يناظر الفوائد المادية أو المعنوية لولد أو لمختل، يتيح لهذا العمل أن ينتج مفاعيله في ذمة هذين الأخيرين المالية لأن مصالحهما محمية شرعاً. وقد استعاد هذه الفكرة أحد واضعي أطروحة اكتفى، مع رفض قبول عدم نفع التمثيل[4]، بالتشديد على دور إرادتي الممثِّل والممثَّل في إعمال القاعدة القانونية[5]. ومن الممكن، حتى بدون انتقاد نفي الحقوق الذاتية التي ترتكز عليها هذه التحاليل[6]، بيان أنها تنتقص فوق الحد من دور الإرادة في مادة التمثيل الاتفاقي. ان الإرادتين المشتركتين للممثِّل والممثَّل (الوكيل والموكل) هما اللتان تولدان هنا التمثيل وتصنع مداه، ولا يفعل القانون سوى إتاحة الإنجاز: هناك إذاً رباط سببية بين التعبير عن الإرادتين والمفاعيل القانونية التي نشأت[7].

ولا تتيح التسويغات العديدة المقدمة إذاً التفسير بشكل كافٍ لحالات التمثيل القانوني ولا حالات التمثيل الاتفاقي[8].

---

(1) هذا ما عبر عنه السيد Gaillard (المقالة المذكورة سابقاً، الصفحات 91 إلى 98) الذي، بعد أن بيّن أن التمثيل ينبغي تقديره بتعابير فكروية أكثر مما يجب تقديره بتعابير تقنية، يبرهن على أنه يصلح كدعم لقيم فردانية (ما دام أنه مبني على الإرادة الحقيقية أو المعترضة) ثم على القيم التضامنية (لتسويغ اندماج المصالح في صميم التجمعات). ـ تقرير R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الذي يفرق بين «النقد الارادوي» (رقم 51 وما يليه) «والنقد التعاضدي» (رقم 66 وما يليه).

(2) انظر A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 119.

(3) Traité de droit constitutionnel، الجزء I، الطبعة الثالثة، 1927، الفقرة 44، صفحة 475 وصفحة 476.

(4) G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، الصفحات 100 إلى 105.

(5) G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 133 إلى 157 (إن الإرادة، في عرف المؤلف، هي التي تحرك القاعدة القانونية). انظر الموافقة المعللة على الأطروحة من قبل Bonnecase (الذي أشرف عليها) في Précis de droit civil، 1934، رقم 309، صفحة 305 وما يليها.

(6) في صدد نقد التحليل الذي قدمه السيد Duguit، انظر J.DABIN, Le droit subjectif، 1952، صفحة 17 وما يليها، وكذلك المدخل العام، ولاسيما الرقمين 170 و 171.

(7) A.ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 120؛ M. STORCK، المرجع عينه، رقم 112، صفحة 83. وأكثر من ذلك يستطيع الموكل والوكيل تدبر المفاعيل القانونية التي ولدت على هذا النحو بتحديد مدى السلطة المعترف بها للوكيل.

(8) انظر في هذا الاتجاه R. DE QUÉNAUDIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 75، صفحة 104=

567 ـ يبني المذهب المعاصر بشكل أكثر صراحة التمثيل على تحليل العقد القانوني.

ربما لأن السيد Storck تبع نصيحة أحد المؤلفين الذي أخذ بأن «مشكلة التمثيل تطرح في التحليل الأول دراسة الإوالية الداخلية للعمل القانوني»[1]، تمسك بهذه الدراسة لتسويغ التمثيل[2].

إن المؤلف، إذ طرح كمبدإ. ان «التمثيل تقنية تحقيق عمل قانوني»[3]، يحلل هذا التمثيل في ثلاثة عناصر: إبداء إرادة التصرف الذي يناظر ممارسة حق ذاتي موضوعه إقامة رباط قانوني[4]. والتمثيل، بدون تعديل بنية العمل المستقر، يتناول الأشخاص المشاركين في تحقيقه. وبإمكانهم، منطقياً، التدخل حسب ثلاث صفات متميزة وتخييرية تناظر عناصر العمل الثلاثة وتحدد ثلاث فئات من الفرقاء: فاعل إبداء الإرادة وحائز الحق الممارس والشخص الملزم بمفاعيل العمل أو «موضوع الإسناد»[5]. والتمثيل، في هذه الرؤية، لم يعد استثناء للمادة 1165 من القانون المدني، طالما أن الممثَّل له صفة الفريق (كحائز حق وموضوع الإسناد)[6].

ثم يدرس المؤلف مختلف تقنيات الأعمال القانونية بهدف تحديد خمسة نماذج من العلاقات بين الأشخاص الذين يشاركون في العمل، عن طريق التنسيق بين الصفات المختلفة التي يمكن أن تكون لهم[7]؛ فيغدو التمثيل أحدها، باعتبار الممثِّل فاعل العمل والممثَّل

= و A. RIEG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4. وهذا يعني، أنه ليس ثمة تفسير موحد في هذه المادة وحسب وإنما أيضاً أن التمثيل الاتفاقي، على عكس ما يقدم أحياناً (H, L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، رقم 155، صفحة 139 ـ تقرير A. ROUAST، المقالة المذكورة آنفاً، صفحة 121 ـ B. STARCK، الموجبات، الجزء II، العقد، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 253، صفحة 104)، لا يمكن تفسيره بالعودة إلى مبدإ سلطان الإرادة فقط.

(1) G. MADRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 131، الذي يرى أن هذه الدراسة هي «حجر العثرة الذي يتم الاصطدام به حتماً». وبالفعل ليست فكرة تفسير التمثيل ببنية العقد جديدة، إن عليها يمكن أن نربط، مثلاً، التحليل الذي قدمه Lévy - Ullmann (المقالة المذكورة سابقاً)، وبموجبه يكون التمثيل كيفية العقد ـ R.Von-IHÉRING, L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement ترجمة O. de Meulenore، الطبعة الثالثة، الجزء IV، الفقرة 63، صفحة 171: «العمل القانوني هو كلٌّ وحيد وغير قابل للانقسام. والقاعدة القانونية القديمة حول لاقبولية التمثيل هي في انسجام تام مع هذه اللاّإنقسامية للعمل القانوني. ومبدأ التمثيل ليس سوى فصل سبب العقد عن مفعوله؛ السبب: العمل يتعلق بشخص الممثِّل؛ المفعول: الحق يتعلق بالممثَّل. ثمة إذاً فصل صنعي لما هو كلٌّ في الحالة الطبيعية للعلاقة».

(2) Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques، منشورات. L.G.D.J، 982، 1، مقدمة D. HUET-WEILLER.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 15، ورقم 76 وما يليه.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3 وما يليه، ولا سيما رقم 33، صفحة 34.

(5) انظر حول تحديد ثلاثة نماذج من الفرقاء لتحقيق العمل M. STORCK، الأطروحة، المذكورة سابقاً، رقم 34 وما يليه.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 68 وما يليه.

(7) إذا كانت صورة الإسناد هي صورة شخص وحيد يملك ثلاث صفات (فاعل وحائز امتياز وخاضع للإسناد)، =

جامع صفتي حائز الحق والخاضع للإسناد[1].

وبإمكان المؤلف، إذ قلّص التمثيل بحيث لا يغدو سوى «وصف إوالية العمل [المكشوف] باللجوء إلى تقسيم عقلي للعمل القانوني»[2]، عندئذ أن يتولى دراسة عناصره المكونة[3]؛ ويقوم الممثّل بتحقيق عمل قانوني، ولا يقوم بتحقيق عمل مادي أو واقعة قانونية[4]، ينفذ باسم الممثّل[5] ولحسابه[6].

على أن هذا التحليل، وإن كان ماهراً، ليس بمنجى من النقد. إن المؤلف أولاً يجعل إدراك مفهوم الفريق الذي لم يعد له مدلول يحافظ على المعنى نفسه أكثر تعقيداً[7]. يضاف إلى ذلك أن تحليله يصطدم باعتراض تاريخي إذ يتنكر ضمناً للوحدة المرتبطة بصفة من هو أهل للحق.

إن التحليل المقدم يفرق بين ثلاث فئات من الفرقاء. ويستوحي المؤلف، حول هذه النقطة، صراحة تحاليل Gorovsteff الذي اعتمد في الثلث الأول من القرن إن من هو أهل للحق لم يكن الإنسان المنظور إليه بحد ذاته، إذ تنتج هذه الصفة بالأحرى عن التنسيق بين ثلاثة عناصر: المؤسس والمدير والمرسل إليه[8]، لكي يرى، بعد ذلك، أن «هذه العناصر

= فإن أربع تنسيقات يعرضها المؤلف هي ممكنة؛ M.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78 وما يليه.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 88، صفحة 68 وصفحة 69، رقم 127، صفحة 92.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 90، صفحة 70.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 129 وما يليه، إذ يشكل هذا البسط القسم الثاني من الأطروحة.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 159، صفحة 120 وصفحة 121، رقم 260 وما يليه.

(5) إن المؤلف مجبر هنا على تقسيم الحقوق الذاتية لكي يمكن أن يمارسها أحد الأشخاص (الممثّل) الذي لا يحوزها (الممثّل)؛ وتمكن من الوصول إلى ذلك بأن برهن، بعد أن استوحى بشكل أساسي أعمال Dabin (المرجع عينه، ولا سيما صفحة 80 وما يليها حيث يميز المؤلف الحق الذاتي بمفهومي الانتماء والسيطرة) على أنه ليس ثمة رباط لاإنقسامية بين السند (رباط الانتماء) والقوة (السيطرة)، هذا الرباط الذي يضفيه؛ الأطروحة السالفة الذكر، رقم 132، صفحة 99، ورقم 136 وما يليه.

(6) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 161 وما يليه، حيث يقوم المؤلف بدراسة مفهوم السلطة.

(7) إن جميع أنواع التنسيق ممكنة بالفعل: بإمكان بعض الفرقاء أن يكونوا ملتزمين بدون أن يكونوا قد أبرموا العقد، في حين أنه بإمكان آخرين أن لا يكونوا مرتبطين حتى ولو شاركوا في إبرامه؛ وآخرون أخيراً يمكن أن يوصفوا على هذا النحو، في حين أنهم مجرد حائزي حق ولم يشاركوا في العقد ولن يكونوا ملتزمين.
ويعود مصدر صعوبات آخر إلى المعيار المستخرج من الإرادة. والممثّل، في عرف المؤلف، يعبر بالفعل عن إرادة التصرف، في حين أن الممثّل هو حائز حق وموضوع إسناد. والحال أن إرادة الممثّل، في فرضيات التمثيل الاتفاقي (الوكالة مثلاً)، في إبرام العقد ليست أقل تأكيداً من إرادة الممثّل، حتى ولو أعطى هذا الأخير سلطة العمل باسمه ولحسابه. فيكون هناك على الأقل نموذجان من الإرادة (مباشرة وغير مباشرة؟)؛ أن الفريق الذي ينادي به المؤلف يبدو متنافراً إلى حد كبير.

(8) انظر La lutte autour de la notion de sujet de droit. Exposé critique des doctrines actuelles sur le sujet de droit المجلة الفصلية للقانون المدني، 1926، صفحة 881 وما يليها وNouvelles recherches sur le problème du sujet de droit، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1927، صفحة 5 وما يليها.

الثلاثة يمكن أن تتشخص في كائن حي ذاته أو أن تتوزع على عدة أفراد»[1]. وهذا التأكيد هو المنازع فيه، ذلك بأنه، إذا ما تبعنا Gorovsteff، إذا لم تكن هذه العناصر الثلاثة مجتمعة، فإن صفة من هو أهل للحق لا يمكن اعتمادها، وبالتالي ليس الممثّل الذي لا يملك عنصر «المدير» أهلاً للحق بالكامل، وليست له إذاً حقوق ذاتية... مع أنه عهد إلى الممثّل بممارستها (الذي لا يعمل أكثر من ذلك بصفته ممن هم أهل للحق طالما أنه لا يملك إلاّ هذا العنصر «كمدير»)! يبدو إذاً من الواجب قبول الطابع الفردي للعناصر الثلاثة التي يدعيها Gorovesteff، تحت طائلة المنازعة في صفة من هو أهل للحق بالنسبة إلى بعض الأشخاص الطبيعيين حسب الأوضاع الموجودين فيها[2]. وبعبارة أخرى، لا يبدو أن التمثيل الذي يعبر عن تقسيم لصفة فريق مناظر لتقسيم العمل القانوني، من الممكن قبوله، ذلك بأنه يلاشي في الوقت عينه صفة من هو أهل للحق التي يجب الاعتراف بها لكل فرد[3].

والمؤلف، أخيراً، بتقليص التمثيل إلى «تقنية تحقيق الأعمال القانونية وحسب، ينقص مدى الإوالية التي، كما سنرى[4]، تتيح اليوم تحقيق أعمال مادية.

568 ـ تسويغ التمثيل أقل أهمية من الطريقة التي يمارس بمقتضاها.

لا يتيح إذاً أي تفسير مقدم شرح إوالية التمثيل بشكل مرضٍ. حتى المؤلفون الذين يقومون بتجزئتها لبناء التمثيل الاتفاقي وحده على الإرادة[5] اخفقوا في محاولتهم، ذلك بأنهم، إلا أن يستتروا خلف تفسير نصوص خاصة، لا يستطيعون تفسير الشذوذ عن المبادىء الفردانية التي تنص عيها المادة 1134 (الممثّل غير ملتزم مع أنه ابرم العقد) والمادة 1165 من القانون المدني انشأتها (الممثّل ملتزم مع أنه لم يبرم العقد)[6] والتي أنشأته[7]. وينبغي،

---

(1) M. STORCK، المرجع عينه، رقم 52، صفحة 46.

(2) انظر حول الرباط بين صفة الكائن البشري وصفة من هو أهل للحق، Les Personnes (الأشخاص)، رقم 3 وما يليه؛ قارن بـ A. GOROVSTEFF، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 118 إلى 135، في صدد أوضاع المعتوه والأولاد.

(3) أصبحت صفة الفريق تعود إلى الثنائي ممثَّل ـ ممثِّل. وتحليل المؤلف، في هذا الصدد، يتناقض مع المبدأ الفرداني للارتباط بمفهوم تضامني للتمثيل. ولكن هل يمكن القبول إن أحد الأفراد ليس ممن هم أهل للحق؟ وإذا كان تقهقر سلطان الإرادة يتيح انفجار العمل القانوني (انظر تكوين العقد، رقم 179، صفحة 158) فإنه لا يسمح بنفي من هو أهل للحق (قارن بـ A. COROVSTEEF، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما الصفحات 118 إلى 135).

(4) انظر الرقم 569 اللاحق.

(5) انظر في هذا الاتجاه A. ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 121، قارن بـ H-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، رقم 155، صفحة 139 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 553، صفحة 104.

(6) لا شك في أن القول عن المادة 1165 ممكن. بيد أن الوسيلة الوحيدة التي تنص عليها هذه المادة للسماح للغير بالإفادة من مفاعيل الاتفاقية هي الاشتراط لصالح الغير. انظر Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 911، صفحة 19.

(7) إن البرهان المستنتج من المادة 2092 أقل إقناعاً، ذلك بأنه يمكن الأخذ بأن الممثل، في فرضية التمثيل، إذا =

لتجاوز هذه العقبة الثلاثية، بيان[1] أن التمثيل، كما في المجال السياسي[2]، ينشىء وهماً: «جعل» فرد، كان غائباً، «حاضراً»، والتعبير عن إرادته، في حين أن الممثِّل ليس مجرد رسول، هو وهم دائماً[3]؛ إنه التوافق بين الأشخاص أو بين إرادتي الممثِّل والممثَّل. غير أن المهم ربما لا يكون البحث عن تفسير هذا الوهم[4]: إنه بصورة أكثر تأكيداً العمل على أن تكون الإرادة (في حالات التمثيل الاتفاقي) أو مصالحه الشخص الغائب (في التمثيل القانوني) ممثلة بأفضل طريقة كانت، أي أن تتماثل إرادة الممثِّل بإرادة الممثَّل أو مصالحه بأكثر ما يمكن من الصحة[5]. إن الأمر يتعلق بأفضل وسيلة لحماية الشخصية القانونية للممثَّل مع السماح بزيادة التبادلات. إن مفهوم سلطة التمثيل، في هذه الرؤية، يغدو أولياً. يجب أن يعمل الممثِّل، ولو كان يملك هامشاً معيناً في العمل، باسم الممثَّل ولحسابه وليس لمصلحته الخاصة[6].

= أبرم العقد «شخصياً»، لا يلتزم «شخصياً» ـ قارن بـ A.ROUAST، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 118، الذي قدم هذا البرهان مع أنه أراد تغير التمثيل الاتفاقي عن طريق الإرادة.

(1) إذن لا يتعلق الأمر بتفسير وإنما بوصف؛ قارن بـ Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 908، صفحة 16، اللذين، أمام هذه الاعتراضات، عدلا عن أي تفسير للاستسلام أمام «نتائج ملموسة أكيدة».

(2) انظر D. TURPIN, Représentation et démocratie in Droits (6) La représentation، 1987، الصفحات 79 إلى 90، الذي، منذ السطر الأول من مقالته، يتكلم على «الوهم» لوصف التمثيل.

(3) انظر الضغط المدلولي الذي يولده التعبير «تمثيل»، ذلك بأن القانونيين يريدون أن يجعلوا إرادة من لم يكن حاضراً حاضرة، في حين أن هذا التعبير، عن طريق البادئة «re»، يعبر عن «فكرة حضور ثانٍ، عن تكرار غير كامل للحضور الأولي والحقيقي» (A. LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie، منشورات PUF، الطبعة العاشرة، 1968، V، التمثيل، صفحة 921)؛ وقد اصطدم القانونيون، إذ أرادوا أن يوحدوا (أي أن يجعلوا واحداً) ما هو مزدوج («re»)، بالضرورة بصعوبة يتجاوزونها بشكل غير كامل بالكلام على الفهم (الفرداني)، أي الجهاز (التضامني).

(4) هذا ما أثاره بشكل ملفت السيد Gaillard (المقالة المذكورة سابقاً) بأن التسويغ الوحيد الممكن يبدو أنه من طبيعة فكروية: يشكل التمثيل نقطة التلاقي بين فكروية (Idéologie) فردانية تنعش المقنن وفكروية تضامنية خلفتها (إن مساهمة Demogue وSavatier، المذكورين سابقاً، في هذه النقطة منيرة بصورة خاصة). والبحث عن تفسير تقني، بكون هاتين الفكرويتين غير قابلتين للتوفيق بينهما، يبدو غير مثمر، ذلك بأن القانوني ينتهي دائماً بالاصطدام بأحكام القانون المدني، ومن هنا الضرورة التي يوجدون فيها باللجوء إلى وهم هو الوسيلة الوحيدة لعدم الاصطدام مواجهة بالعقبة أمام الاعتراف بإوالية تبدو ضرورية. وما أن تمتزج إرادتا الممثِّل والممثَّل حتى، تصبح المسلمة الفردانية سليمة ظاهرياً. وبالفعل ينبغي إنقاذها، ذلك بأنه لا يمكن قبول انتصار الرؤية التضامنية التي، إذا ما اندفعت إلى أقصى حد، يمكن أن توصل إلى نفي أي شخصية قانونية منظور إليها بمفردها (قارن بـ R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، الصفحة 50 والصفحة 51).

(5) قارن بـ F. GENY, Science et technique en droit privé positif، الجزء III، منشورات Sirey، 1925 (السحب الثاني)، 246، صفحة 402، الذي أخذ، بعد أن رأى أن «الاعتراف مباشرة (. . .) بإمكانية توليد حقوق أنشأتها إرادة متعاقد في شخص الغير، وقد أصبح هكذا أجنبياً عن أعماله الخاصة» يشوه الحقيقة ويخشى أن «يزعزع مفهوم الفردانية الذي ما يزال الأساس الضروري لمفهومنا للقانون»، أخذ بأنه «لا يمكن التملص من الصعوبة إلا بقبول وهم التمثيل هنا من قبل الغير واستبعاد الإسراف فيه بإخضاعه للظروف والشروط الضرورية».

(6) انظر حول الأهمية التي يعطيها هذا المفهوم مجازفة الالتباس بين مفهومي التمثيل والسلطة، =

II ـ الاتساع الثابت للتمثيل الاتفاقي

569 ـ من المقبول تقليدياً أن التمثيل لا يتيح إلاّ تحقيق الأعمال القانونية[1]؛ وهكذا حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة بأن عقد المقاولة «المتعلق بمجرد أعمال مادية لا يضفي على المقاول أي سلطة تمثيل»[2].

ولم تتردد محكمة النقض، رغماً عن الرباط الذي يوحد التمثيل بالوكالة[3]، في قبول وصف الوكالة لإنجاز مجرد أعمال مادية[4]. ويصف الاجتهاد، فضلاً عن ذلك، بالوكالة ممارسة بعض المهن الحرة، وإنما دائماً بدون التفريق بوضوح بين الأعمال القانونية والمادية المنجزة[5].

= B.GAILLARD, Le pouvoir en droit privé، منشورات Economica، 1985، مقدمة G. Cornu، رقم 250 وما يليه ـ M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 161 وما يليه.

(1) انظر M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 259 وما يليه، والإسنادات العديدة المستشهد بها. وعلى نقيض ذلك: J.BONNECASE، المرجع عينه، رقم 307، صفحة 304، وفي عرفه «يحوي مفهوم الممثّل (. . .) بالنسبة إلى من يتزود به حق القيام في الوقت عينه بأعمال مادية وأعمال قانونية وبالموجب الناجم عنها».

(2) 19 شباط 1968، النشرة المدنية، I، رقم 69، صفحة 54؛ D.1968، صفحة 393؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، الطبعة G، II، 15490؛ مجلة قصر العدل، 1968، 2، صفحة 144، تعليق J-P.DOUCET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 559، ملاحظة G.CORNU؛ H. CAPITANT, Les grands arrêts de la jurisprudence civil، الطبعة التاسعة، تأليف F. TERRÉ et Y. LEQUETTE، رقم 178. ـ حكم النقض المدنيّ، 14 نيسان، 1886، D.86، صفحة؛ 220؛ S.87، 1، صفحة 76.

(3) انظر على سبيل المثال، Ph. DELEBECQUE et F. COLLART DUTILLEUL, Contrats civils et commerciaux، الطبعة الثانية، 1993، رقم 641، صفحة 475.

على أنه من المقبول بصورة عامة أن الوكالة يمكن أن توجد بدون تمثيل كلما تقدم الوكيل، مع العمل باسم الموكل ولحسابه، باسمه الشخصي. والأمر على هذا النحو في عقد العمولة أو شيوع الأموال بين الزوجين أو التسخير. انظر حول هذه المسألة الرقم 577 والرقم 578 اللاحقين.

(4) انظر M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الثانية، تأليف R. SAVATIER، رقم 1427، صفحة 852، الذي يبرز عدداً قليلاً من الأحكام «الشاذة»، ويستشهد بأحد الأحكام (النقض المدني، 4 كانون الأول 1945، مصنف الاجتهادات الدوري، 1946، II، 3110)، وبموجبه يمكن أن يشكل سوق سيارة موضوع وكالة.

(5) انظر في شأن وكلاء التأمين، على الأقل حتى قانون 16 كانون الأول 1927، الذي غلّب وصف عقد العمل، حكم غرفة العرائض، 9 تموز 1885، D.86، 1، صفحة 310؛ S.87، 1، صفحة 478. ـ 26 تشرين الأول 1891، D.92، 1، صفحة 411؛ S.1892، 1، صفحة 551. ـ 29 نيسان 1931، D.H. 1931 صفحة 332؛ وبالنسبة إلى الكتّاب العَدل، حكم غرفة العرائض، أول كانون الأول 1891، D.92، . 1، صفحة 209؛ S.93، 1، صفحة 497. قارن بـ وضع وكلاء السفر (النقض المدني، 27 تشرين الأول 1970، D.1971، 1، صفحة 449، تعليق P. COUVRAT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16624، تعليق R. RODIÈRE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1971، صفحة 392، ملاحظة G. CORNU: وكالة تنظم سفراً في جميع تفاصيله تعمل بصفة مقاول)، والأطباء (النقض المدني، 13 تموز =

ويبدو، أكثر من ذلك، أن الغرفة التجارية في محكمة النقض قبلت، في 24 تشرين الثاني 1987، ان الأعمال المادية يمكن أن تتم عن طريق التمثيل[1].

لم يحتج تابع الناقل، في هذه القضية، عندما أبدى من أرسلت إليه البضاعة بحضوره، تحفظاً في آونة تسليمها. وقد أخذ الناقل الذي أدين بضمان مسؤولية المرسل في صدد تسليم منتجات يشوبها العيب على قضاة الأساس أنهم استنتجوا قبوله التحفظات من مجرد حضور السائق عند الاعتراض عليها مع أن هذا السائق «لم يتلق من مستخدمه وكالة إنجاز الأعمال القانونية». وقد ردت محكمة النقض هذا الطعن ببيان «أن سائق الشاحنة ومفوّضه هو مقاول نقل يمثل هذا المفوض في كل ما له سمة تنفيذ النقل المكلف القيام به». إن الحكم، مع أن قسماً كبيراً من الفقه يرفض تفسير رباط التبعية بالتمثيل، لأن التابع يقوم بالضبط بتنفيذ عمليات مادية[2]، في صيغته العامة التي استخدمها، يتناقض مع هذا التحليل. مع أن ما تم تكوينه، في هذه القضية، هو عقد قانوني.

570 ـ تحقيق الأعمال المادية، في مجال التمثيل التجاري، لا يمنع إعمال إوالية التمثيل.

يبدأ في الشك في الرباط بين التحقيق الضروري للأعمال القانونية والتمثيل، هو، على وجه الخصوص، في الرباط بين التحقيق الضروري للاعمال القانونية والتمثيل [3]. وتقدم عدة أمثلة البرهان على ذلك.

وذلك حال نظام وكلاء (agents) التأمين العامين. فالمادة 2 من نظامهم تفرق بين

= 1937، D.H. 1937، صفحة 571؛ S.1939، 1، صفحة 217، تعليق A.BRETON العقد الطبي هو «عقد من نوع خاص»).

كان الفقه دائماً يعارض بشدة هذا الاجتهاد آملاً أن يجري تمييز تحقيق العمليات المادية لإنجاز الأعمال القانونية الذي يمكن أن يوصف وحده بالوكالة؛ انظر في نهاية المطاف M.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 262 إلى 267، والإسنادات الفقهية العديدة المستشهد بها (للبحث عن البرهنة على أن التمثيل يتيح وحده تحقيق أعمال قانونية، يستشهد المؤلف بمستندات خطية فقهية، والحكم الوحيد المثبت صدر في صدد وكالات السفر).

(1) حكم الغرفة التجارية، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 248، صفحة 184؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 307، رقم 7، ملاحظة J. MESTRE.

(2) انظر B.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 269، صفحة 201، والإسنادات، العديدة المستشهد بها، ولا سيما التعليق 45، صفحة 202. وعلى نقيض ذلك H-L. et J. MAZEAUD et F.CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F.CHABAS، رقم 485، صفحة 504 وصفحة 505.

(3) انظر حول هذه المسألة، J. GHESTIN, Mandat et représentation civile et commerciale en droit français, in Festchrift für Zentari kitagawa Duncker und Humbot (برلين)، 1982، الصفحات 317 إلى 346؛ وسنستعيد هنا ما هو أساسي في التحاليل. انظر حول التفريق بين التمثيل التجاري وعملية الوساطة، Ph. DEVESA, L'opération de courtage، أطروحة في مونبلييه، مقدمة J- M. MOUSSERON، منشورات Litec، 1933، ولاسيما الرقم 395 وما يليه (يعمل الوسيط باسمه الخاص وباستقلال تام).

وظيفتين: الوكيل العام للتأمين، «بصفة وكيل رئيسي تكافئه شركة تأمين أو أكثر، من جهة أولى، الذي يضع في تصرف الجمهور خبرته التقنية للسعي إلى عقود التأمين والاكتتاب بها لحساب الشركة أو الشركات التي يمثلها؛ ويضع، من جهة ثانية، في تصرف هذه الشركة أو الشركات خدماته الشخصية وخدمات الوكيل العام لإدارة العقود التي يمكن، في حدود المنطقة المحددة في معاهدة تسميته، أن تُعهد إليه». ويناظر التفريق، من أول وهلة، التعارض التقليدي بين الأعمال القانونية (للسعي إلى الاكتتاب بالعقود) والأعمال المادية (لعمليات الإدارة). والأمر يحتاج إلى الكثير لكي يتوافق هذا التحليل مع الحقيقة. وجرى التمكن من الملاحظة أولاً «ان الوكالة، عند الاقتضاء، تكفي لتسويغ مهام الإدارة (توقيع العقود واستيفاء العلاوات، الخ)»[1]. يضاف إلى ذلك، مع وصف نشاط الوكيل(agent) صراحة بالوكالة، ان معاهدات تسمية عديدة تمنع عليه إبرام أعمال قانونية وتجعل عمله محصوراً في ممارسة نشاط مادي يهدف إلى تحضير تكوين العقود التي ليست له سلطة إبرامها باسم شركة التأمين. ويمكن بالطبع اعتبار أن معاهدات التسمية يجب أن لا تعطيه صفة الوكيل (mandataire) لعدم تكليفه إبرام العقود. ويبدو من المستحيل، عندما تكون التسمية في تناقض مع نظام وكلاء التأمين العامين، استبعاد المستفيدين منه من هذا النظام. وعليه ثمة خلاصتان ممكنتان: إمّا اعتبار أن «الوكالة mandat» المعهود بها إلى هؤلاء الوكلاء (agents) ليست متوافقة مع التعريف التقليدي للإوالية باستبعادها من مفهوم التمثيل؟ وإمّا تقدير أن هؤلاء الوكلاء (agents)، والوكالة (mandat) والتمثيل يتطوران معاً، يمكن أن «يمثلوا» شركات التأمين بتفاوضهم على العقود فقط.

إن دراسة نظام الوكلاء التجاريين، المتميز وإنما القريب، تقود إلى الأخذ بالفرع الثاني من البديل. وبالفعل، حسب المادة الأولى من قانون 25 حزيران 1991، «الوكيل (agent) التجاري هو وكيل (mandataire) مكلف، كمهنة مستقلة، بدون أن يكون مرتبطاً بعقد إجارة الخدمات، بصورة دائمة، التفاوض، واحتمالياً، إبرام عقود البيع أو الشراء أو تقديم الخدمات باسم المنتجين الصناعيين أو التجار أو وكلاء تجاريين آخرين»[2]. وكان بالإمكان، في ما يتعلق بالنص السابق الناتج عن مرسوم 23 كانون الأول 1958، معارضة وصف الوكيل (mandataire)، لأن المادة الأولى منه، بالطريقة عينها، لا تستهدف إبرام العقود القانونية إلا كمجرد احتمال[3]. والقانون الجديد، كما المرسوم القديم، يصف صراحة

---

(1) J. DESCHAMPS, L'agent général d'assurances، منشورات مكتبة التقنيات، الطبعة الثالثة، 1975، رقم 59، صفحة 66.

(2) D. S. 1991، التشريع، صفحة 267. انظر حول غياب تعديل تعريف الوكيل التجاري بالنسبة إلى النص السابق، J-M. LELOUP, La loi du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants ou le triomphe de l'intérêt commun، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I,E، 105، رقم 6 وما يليه.

(3) J. CATONI, La rupture du contrat d'agent commercial، منشورات Sirey، 1970، رقم 72، صفحة

بالوكيل (mandataire) الوكيل (agent) التجاري الذي لا يبرم العقود القانونية إلاّ بصفة احتمالية. وأكثر من ذلك يوصف هذا الوكيل (mandataire) غير مرة «بالممثل» ويوصف نشاطه «بالتمثيل» (المادة الأولى، الفقرة 2، والمادة 3)، مما ينزع إلى البرهنة على أن المفهومين يتطوران في الاتجاه عينه في شأن تحقيق الأعمال المادية.

كما أنه ليس للوكلاء التجاريين، الذين ينعتون مع ذلك بالوكلاء (mandataires)، من حيث المبدأ، سلطة إبرام البيع. وهكذا حكمت محكمة النقض غير مرة بأن وكالتهم (mandat)، التي يصفها المشترع على هذا النحو، لم تكن تحوي مبدئياً سلطة إلزام الوكيل (mandataire)، فيقلصها بذلك إلى أن لا تكون سوى «وكالة وساطة ترتكز على البحث عن الزبن والتفاوض أو إحدى هاتين المهمتين وحسب»[1].

وتوسيع مجال الوكالة (mandat) (والتمثيل؟) المحقق عن طريق هذه الأسئلة يثير بعض التناقضات داخل محكمة النقض ذاتها.

وهذا هو الأمر في صدد تحليل العلاقات التي توحد المؤمّن بالوكيل العام عندما ينقل هذا الوكيل إليه معلومات غير صحيحة بالنسبة إلى المخاطر المضمونة.

وقد قبلت محكمة النقض في عام 1963، في ظروف خاصة إلى حد كبير، أن الوكيل(agent) كان يمكن أن يكون «الوكيل mandataire العرضي» للمكتتب بوثيقة التأمين لكي تستنتج من ذلك أنه لم يكن بإمكانه إلزام المؤمّن[2].

وحكمت الغرفة المدنية الأولى، في حكم أحدث في 2 نيسان 1974[3]، بأن «محكمة الاستئناف التي بينت أن الاستمارة المدخلة في اقتراح التأمين التي سلمت إلى الشركة ملأها

---

* .63 قارن بـ Y. SERNA، فهرس Dalloz التجاري، V الوكيل التجاري، رقم 66، الذين يأخذ، ضد فقه إجماعي، بأنه «لم يعد ثمة منازعة، وقد تطور مفهوم الوكالة، إلاّ في النادر في أن الوكيل بإمكانه أن يكون مكلفاً إنجاز أعمال مادية». انظر في ما يتعلق بالنص الجديد J. M. LELOUP, La directive européenne sur les agents commerciaux، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة I. G، 3308، رقم 10، الذي يؤيد وصف الوكيل بتأكيد أن «التفاوض أي تقديم إيجاب أو التماسه، عمل قانوني يتم باسم الموكل ولحسابه» ـ D.FERRIER, Commentaire de la loi du 25 juin 1991 sur l'agence commerciale، كراسة قانون المقاولات، 1991/ 6، رقم 10، صفحة 31، الذي، إذ يرفض مماثلة التفاوض بالعمل القانوني، يكتفي ببيان أن الوكالة التجارية تبتعد عن عقد الوكالة (mandat) بالمعنى التقني للتعبير.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 ـ 8 تموز 1986، النشرة المدنية، I، رقم 194، صفحة 190؛ مجلة القانون العقاري، 1986، صفحة 481، ملاحظة D. TOMASIN، ينتج عن ذلك أن سلطة إلزام الوكيل لا يمكن أن تنجم إلاّ عن إذن صريح وراد في الوكالة، بتعابير واضحة ومجردة من اللبس.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1963، النشرة المدنية، I، رقم 374، صفحة 322، المجلة العامة للتأمين البري، 1964، صفحة 332.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 104، صفحة 89.

الوكيل، اعترفت هكذا ضمناً بأن هذا الوكيل لم تكن له سلطة إبرام العقد بنفسه»، لتستنتج من ذلك أنه «لم يتصرف، في هذه القضية، بصفة وكيل (mandataire) للمؤمَّن». إن استحالة إبرام العقد هنا لا تتيح الأخذ بصفة الوكالة[1]. بيد أنه لا يمكن الأخذ حرفياً بهذا التحليل ذلك بأنه يوصل إلى رفض صفة وكيل المؤمَّن لجميع الوكلاء (agents) الذين ليست لهم سلطة الإبرام؛ ومفعول ذلك، منطقياً، استبعادهم من الإفادة من نظامهم الذي يجعل منهم وكلاء. ويبدو هنا أن محكمة النقض لم تقصد «الوكالة (mandat)» الموسعة التي يطبق النظام عليها، وإنما مفهوم التمثيل عبر المفهوم الضيق للتمثيل: وهذا التمثيل بالمعنى التقليدي يجب أن يتيح وحده اعتبار أن المعلومات المقدمة للممثِّل كانت بالضرورة منقولة إلى الممثَّل. وهذا التحقق من قبل الوكيل، كما لوحظ[2]، بفعل التمثيل، يعادل معرفة المؤمَّن عندما تكون للوكيل سلطة إبرام العقد. والأمر مختلف، بالمقابل، عندما لا يكون للوكيل مثل هذه السلطة. والنقل مرتبط هكذا بالتمثيل بالمعنى الأكثر تقليدية للتعبير، ويفترض هذا التمثيل أن تكون للوكيل سلطة ربط المؤمَّن بأعماله القانونية.

بيد أنه ليس هناك أي يقين، ذلك بأن الغرفة نفسها أصدرت في عام 1969 حكم نقض مستوحى من تحليل مختلف جذرياً[3]. وهكذا نقضت حكماً لنقص في الأساس القانوني «قرر، بعد أن بيّن أن وكيل شركة Lloyd continental francais وبالتالي وكيلها الذي نقل إلى هذه الشركة اقتراح تأمين ضرر الحريق باسم (زبونه) ومن تلقاء نفسه، «كان بشكل صحيح وشخصياً على علم» بالمخاطر، أن معرفة (الوكيل) بالوقائع المصرح عنها بصورة غير صحيحة لا يمكن أن تنتج أي مفعول ضد Lloyd، بحجة أن Lloyd لم تكن، في إبرام العقد ذاته، ممثلة من قبل وكيلها». ويبدو هذا الحل، المتعارض مع الحل المعتمد في عام 1974، أكثر إرضاء في الممارسة؛ وبالفعل يبدو، ما أن تكون للوكيل سلطة جمع المعلومات باسم المؤمَّن ولحسابه، من الطبيعي اعتبار أن هذه المعلومات وصلت إليه، إلاّ أن يتم إثبات أن الوكيل، في الحالة الخاصة، لم يعمل في حدود السلطات التي عهدت الشركة إليه بها[4].

وعدم اليقين هذا يفسر بواقع أن نشاط هؤلاء الوكلاء يبتعد عن المجال التقليدي للتمثيل لكي يقترن بمجال التمثيل التجاري الذي يقصده التعريف النظامي لوكلاء التأمين العامين أو الوكلاء التجاريين.

---

(1) انـــظـــر F. CHAPUISAT, La participation de l'agent général d'assurances la déclaration du risque imposée à l'assuré، مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة I,G، 2719.

(2) M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres en droit français، الجزء II، Les entreprises d'assurances، الطبعة الرابعة، 1977، رقم 693، صفحة 283.

(3) 26 آذار 1969، النشرة المدنية، I، رقم 127، صفحة 100.

(4) قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1964، النشرة المدنية، I، رقم 43، صفحة 31 الذي يمكن أن نستنتج منه أنه ما أن تعطي وثيقة التأمين الوكيل المحلي سلطة جمع تصريحات الحوادث حتى يستنتج منها أن المعلومات المعطاة لهذا الوكيل كانت في الوقت عينه معطاة للمؤمَّن.

571 ـ ذاتية التمثيل التجاري هي التي تسوّغ توسع مجال التمثيل.

جرت العادة أن تُجمّع تحت تسمية «التمثيل التجاري» نشاطات المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين الذين حلوا محل مسافري التجارة التقليديين والوكلاء التجاريين والممثلين المأجورين غير النظاميين والوكلاء (agents) الموكَّلين (mandataires) غير المستفيدين من نظام الوكلاء التجاريين[1].

ولهذه الفئات المهنية المختلفة معاً استثمار زبن بالتعاون مع إحدى المقاولات ولها على هؤلاء الزبن حقوق مهمة إلى حد ما بحيث يمكن تعريف التمثيل التجاري كتعاون دائم بين الممثِّل والممثَّل من أجل تكوين زبن مشتركين ونموهم. إن التحليل الموجز لأنظمتهم يؤكد هذا التحليل.

الممثلون المأجورون والمسافرون الممثلون الوسطاء التجاريون . ـ ليس للفئة الأولى حق في أي تعويض عن الزبن لأنه يقدّر أن «هؤلاء الزبن يعودون إلى المؤسسة وليس إلى الأجير الذي كوفىء في ممارسة وظائفه بالأجر الذي تقاضاه»؛ وعلى الأكثر تعويض تسريح يمكن إعطاءه في توكيله عن تقديم زبن حصل عليهم الممثل الأجير للمؤسسة[2]. والاندماج في المؤسسة أقل اكتمالاً لدى المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين المرتبطين بعقد عمل موضوعه، حسب المادة 751 -1 .L من قانون العمل، التمثيل. وتميز محكمة النقض نشاط التمثيل هذا بالاجتذاب المباشر للزبن والسعي وأخذ طلبات الزبن ونقلها إلى المستخدِم[3]. وبشكل خاص استبعد حكم صدر عام 1965 نظام المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين ومفهوم «عقد التمثيل» بالنسبة إلى أجير لم يكن له «قطاع محدد ولاإمكانية خلق الزبن»[4]. ويظهر التمثيل ونظامه الخاص هكذا مرتبطين بوضوح بتكوين الزبن[5]. وفضلاً عن ذلك، إذا كان بإمكان الممثل العمل لعدة مستخدمين فممنوع عليه العمل لمنافسي مستخدِمه أو

---

(1) G. EDELINE, La représentation commerciale، النشرة الاجتهادية الاجتماعية 1967، ولا سيما صفحة 11 وصفحة 21 ـ J. GUYÉNOT, V. R. P. et agents commerciaux، مكتبة يوميات الكتابة العدل، 1975.

(2) انظر J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 468، الصفحة 253 والصفحة 254.

(3) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1946، D.1947، صفحة 97. ـ 6 شباط 1974، النشرة المدنية، V، رقم 98، صفحة 90 . ـ 8 شباط 1976، النشرة المدنية V، رقم 436، صفحة 360. ـ أول شباط 1978، النشرة المدنية V رقم 81، صفحة 60 ـ أضف إلى ذلك J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 18، صفحة 13 وصفحة 14.

(4) 10 حزيران 1965، النشرة المدنية IV، رقم 447، صفحة 373.

(5) انظر المادة L.9-751 من قانون العمل التي تعطي، في حالة الفسخ، المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين «تعويضاً عن الحصة التي تعود إليهم شخصياً بالنسبة إلى أهمية الزبن اجتذبوهم وتموّهم، سواء بالنسبة إلى خلقهم أو نموهم». انظر في شأن تطبيق حديث، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 526، صفحة 332 (رفض إعطاء تعويض لمسافر وممثل ووسيط تجاري لم يقم بنمو الزبن من حيث العدد).

مستخدِميه[1]. ويبدو أن الاجتهاد، بالمقابل، أعطى المسافرين والممثلين والوسطاء التجاريين حصرية اجتذاب الزبن في قطاعهم[2]. وواقع أن الأمر يتعلق بعقد عمل[3] يعطي هذا التمثيل طابعاً دائماً. وهذا الطابع ممتد حتى أبعد من غاية العقد، عندما يهدف التعويض عن الزبن إلى التعويض، للمستقبل، عن خسارة الإفادة من الزبن الذين اجتذبهم الممثل[4]. يمكن بالتالي الأخذ في النهاية بأن تمثيل المسافر والممثل والوسيط التجاري يعرّف بأنه تعاون دائم من أجل تكوين زبن مشتركين ونموهم.

الوكلاء التجاريون. ـ هم ليسوا أجراء وإنما وكلاء (mandataires). غير أن وكالة المصلحة المشتركة تضفي على وكالتهم طابعاً معيناً من الدوام[5]. وبالفعل لا يمكن الرجوع عن وكالة كهذه بدون سبب تسويغ مشروع ما دام أن «تحقيق موضوع الوكالة يمثل» بالنسبة إلى الفريقين «مصلحة انطلاقة المؤسسة بخلق الزبن ونموهم، وهي مصلحة مشتركة تسوّغ، بالنسبة إلى قابلية الرجوع عن العقد، شذوذاً عن قواعد الوكالات المجانية أو المأجورة التي لا يهم موضوعها إلاّ الوكيل»[6]. إن خلق الزبن ونموهم معاً يشكلان هكذا المصلحة المشتركة للوكيل التجاري والمؤسسة التي يمثلها، ولا يمكن أن تكون موجودة إلاّ أن تندرج خلال المدة لأن مهنة الوكيل التجاري، كما لوحظ، «لا يمكن أن تمارس بصفة معتادة (كما فرضت المادة الأولى من مرسوم 23 كانون الأول 1958) إلاّ أن تتناول الوكالة المنوطة بالوكيل

---

(1) انظر J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 66، صفحة 37.

(2) قارن بين حكم الغرفة الاجتماعية في 9 تموز 1969، النشرة المدنية، V، رقم 481، صفحة 402، وحكم النقض المدني، 20 حزيران 1973، النشرة المدنية، V، رقم 400، صفحة 359. وإذا كانت الغرفة الاجتماعية قد حكمت منذ وقت أحدث (24 كانون الثاني 1979، النشرة المدنية، V، رقم 76، صفحة 56؛ D.1979، صفحة 202 من التقرير) بأن أي نص من النظام لا يفرض «بأن يكون قطاع الاجتذاب مخصصاً لأحد الممثلين»، فإن ذلك للاعتراف لصاحب العلاقة بنظام المسافر الممثل الوكيل التجاري المنازع فيه أضف إلى ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 28 أيار 1974، النشرة المدنية، V، رقم 335، صفحة 319؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة G، II، 18058، ملاحظة M. RAYNAL، الأخذ أن انتهاك موجب الحصرية الوارد في العقد يجعل قطع العلاقات العقدية الناجم عن ذلك منسوباً إلى المستخدِم.

(3) لهذا العقد بعض التحولات التي تعود إلى نشاط الممثلين. انظر على سبيل المثال إمكانية المسافر والممثل والوسيط التجاري في استخدام أجراء يلحقون بأمانة سره شريطة أن لا يشاركوا في اجتذاب الزبن وتسلم الطلبات، حكم مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان)، 9 كانون الثاني 1959، وقد استشهد به G. EDELINE، المرجع عينه، صفحة 31.

(4) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1947، وكذلك G. RIPERT, Une nouvelle propriété incorporelle: La clientelle des représentants de commerce، D.H. 1948، صفحة 1 وما يليها، الذي يرى مفهوماً جديداً لعقد التعاون الاقتصادي يرتسم جانبياً على هامش عقد العمل.

(5) انظر J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 256، صفحة 143 ـ J-M. LELOUP، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1969 (الحالة الأولى)، 1970، صفحة 143، تعليق J. LAMBERT، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1970، صفحة 473، ملاحظة J. HÉMARD.

التجاري سلسلة من العمليات المتكررة يتطلب تنفيذها مدة معينة للروابط التي توحده بالموكل، وليس عملية أو عمليات منفردة»[1]؛ وهكذا يجب أن يكون الوكيل «مكلفاً بصورة طبيعية التفاوض وإبرام سلطة كاملة من العمليات التي تلقى في شأنها مهمة اجتذاب الزبن»، وهي مهمة «يتعذر القيام بها إلاّ أن يُطغى على الوكالة التي تربطه بالوكل طابع مستمر ودائم»[2]. وهذه الوكالة ذات الطابع الدائم هي تعاون يستبعد، حسب المادة 3 من قانون 19 حزيران 1991 (الذي يستعيد المادة 2، الفقرة الأولى، من مرسوم 23 كانون الأول 1958)، إمكانية الوكيل في قبول تمثيل مؤسسة منافسة لمؤسسة أحد موكليه بدون موافقتها[3]. ومقابل هذا الموجب هو، طبيعياً، بند حصرية مشترط لصالح الممثِّل في القطاع المخصص له[4]. غير أن هذا الموجب ليس من جوهر العقد ولا يمكن افتراضه[5]. نجد إذاً، مع الطابع الخاص بوضع الوكلاء التجاريين، العناصر الأساسية للتمثيل التجاري: تعاون دائم في سبيل خلق زبن مشتركين ومفهوم ونوع من توزيع حقوق الفريقين في هؤلاء الزبن[6].

وكلاء التأمين العامون . ـ إن نظام وكلاء التأمين العامين، رغماً عن الطابع الحر لنشاطهم، يتجاوب مع تعريف التمثيل التجاري الذي نجد فيه نوعي الطابع الجوهري: «دوام

---

(1) J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 294، صفحة 163.

(2) J. GUYÉNOT، المرجع عينه، رقم 322، صفحة 179. أضف إلى ذلك J-M. LELOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة G،I، 3308، رقم 11.

(3) G. EDELINE، المرجع عينه، صفحة 307 ـ J-M. LELOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I,E، 105، رقم 27.

(4) تنص المادة الأولى، الفقرة الأخيرة، من مرسوم 23 كانون الأول 1958 التي لم يستعدها القانون الجديد حول هذه النقطة هذه الإمكانية صراحة.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 تموز 1970، مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G، II، 16602، ملاحظة .P.L. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كانت الحصرية على عاتق الموكل يمكن أن تنجم عن المصلحة المشتركة وموجب الإستقامة بالنسبة إلى الفريقين (المادة 4، الفقرة 2)، مما يقتضي، على الأقل، حث الممارسين على أن يعينوا في عقودهم «ما يمكن أن يعتبر تنافسياً» (J-M LELOUP، المقالة المذكورة سابقاً، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I، 105، رقم 27). قارن بـ Y. SERNA، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 109، الذي يبين «أن تكليف وسيط آخر مهمة مماثلة يعادل عدولاً عن العقد الأول تطبيقاً للمادة 2006 من القانون المدني التي تنص على أن تعيين وكيل جديد للقضية ذاتها يساوي عدولاً عن الأول.

(6) انظر حول نتائج فسخ الوكالة من قبل الموكل المادتين 12 و13 من قانون 19 حزيران 1991 [المادة 3 القديمة من مرسوم 23 كانون الأول 1958]. ويحوي التعويض المعطى للوكيل عناصر مختلفة تأخذ في الحسبان بصورة خاصة ظروف الفسخ ونتائجه التجارية (انظر Y. SERNA، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 135 وما يليه). وقد تم الأخذ، في ظل النص السابق، بأن التعويض لم يكن من أجل عدم التنفيذ الخاطىء، وإنما كان موضوعه التعويض عن مخاطر الفسخ بالنسبة إلى الفريق الآخر B.HOUIN, La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques)، أطروحة في باريس II، 1972، طبع على الآلة الكاتبة، رقم I ـ 70، صفحة 85). وتنص العقود النماذج بصورة خاصة على أن التعويض الذي يمثل خسارة البطاقة «يجري تقديره حسب الحصة الشخصية العائدة» للوكيل «في الإتيان بالزبن أو نموّهم لحساب الموكل».

التعاون وتوزيع الحقوق في الزبن المشتركين، وهكذا تلح محكمة النقض، في حكم 13 أيار 1970[1]، على أن صاحبة العلاقة «تمثل، بصورة دائمة (المؤمِّن) لدى الزبن الذين كانت في علاقة معهم، وتقوم بدور وسيط دائم»، لكي تستنتج من ذلك أن الأمر يتعلق بوكيل عام له الحق في التعويض المنصوص عليه في النظام[2]. ويبين الحكم أيضاً أن صاحبة العلاقة التزمت بتخصيص حصرية إنتاجها وأنه كانت لها منطقة إقليمية. إن المادة 4 من النظام تقصد أيضاً التمثيل التجاري عندما تحظر على الوكيل العام، ضمن بعض الشروط، قبول «تمثيل شركات أخرى». وتحدد هذه المادة، فضلاً عن ذلك، أن «هذا الحظر يمتد إلى السعي إلى التعاقد مع الزبن» لصالح هذه الشركات الأخرى التي تمارس «فئات التأمين عينها». والحال أن قانون 3 كانون الثاني 1972 «المتعلق بالسعي إلى التعاقد وبعمليات التوظيف والتأمين» يطبق على السعي إلى التعاقد الممارس «بصورة اعتيادية» فقط. وتلك من جديد السمات الأساسية للتمثيل التجاري التي نجدها هنا: نمو زبن مشتركين عن طريق نشاط يمارس بصورة اعتيادية.

إن ذاتية الخصائص هذه تتيح إذاً تعريف التمثيل التجاري كتعاون دائم يهدف إلى تكوين الزبن ونموهم لصالح الممثَّل، وإنما مع حقوق معينة للممثِّل في هؤلاء الزبن، وعلى وجه الخصوص في شكل تعويض متوجب على الممثَّل عند فسخ العقد[3].

وتبرهن هذه الدراسة، ولو كانت مختصرة، مختلف الأنظمة، على أن ثمة نموذجين من التمثيل على الأقل: يتميز الأول بتحقيق أعمال قانونية، في حين أن الثاني موسوم بدرجة أقل بتحقيق كهذا مما هو موسوم بتكوين الزبن المشتركين عن طريق تعاون دائم. حتى أنه يبدو من الممكن الأخذ، بصورة أكثر جذرية، بأن نمو التمثيل التجاري هو امتداد منطقي لإوالية التمثيل. وهذه الإوالية فرضت نفسها تدريجياً لأنها أتاحت زيادة عدد التبادلات[4]. وفرض التمثيل التجاري نفسه، بالطريقة عينها، تحت ضغط الممارسة التجارية المرتكزة على التوجه الدائم نحو الزبن بدلاً من انتظارهم في أماكن المؤسسة. ولا شك في أن الممثِّل لا يلتزم بالضرورة على الصعيد القانوني من أجل الممثَّل وإنما

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 163، صفحة 131.

(2) إن مرسوم 5 آذار 1946 المتعلق بنظام وكلاء التأمين العامين يعطيهم، حتى في حالة الرجوع، الحق في التعويض عن حقوقهم في الديون التي تخلوا عنها بالنسبة إلى العمولات العائدة لحقبة وكالتهم.

(3) انظر حول النظام الخاص بوكالة المصلحة المشتركة المستخرج من اعتبارات متماثلة J. GHESTIN, Mandat et représentation civile et commerciale en droit français Festchrift für Zentaro Kitagawa, Dunker und Humblot (برلين) 1992، الأرقام 132 إلى 40، معيار وصف «وكالة المصلحة المشتركة» يرتكز، بالنسبة إليه، على واقع أن الزبن هم مشتركون قانوناً، ولا يعمل الوسيط لحساب المؤسسة وحسب وإنما أيضاً باسمها. أضف إلى ذلك J. GHESTIN, Le mandat d'intérêt commun, in Les activités et Les biens de l'entreprise - Mélanges offerts à Jean Derruppé, 1991 صفحة 105 وما يليها.

(4) انظر الرقم 564 السابق.

يستمر في العمل باسمه ولحسابه بالنسبة إلى الغير مع التعبير عن إرادة خاصة به، ولو كانت هذه الإرادة محدودة بالتفاوض على العقد. إن المنطق الذي يضم إوالية التمثيل هو بالتالي ذاته في الحالتين.

والممارسة التجارية، بتعابير أخرى، أتاحت الاعتراف بالتمثيل رغماً عن العقبات النظرية الموجودة؛ إنها تسهل اليوم الأعمال القانونية التي لا تبدو أنها من جوهر التمثيل.

الفقرة 2 ـ نظام التمثيل الاتفاقي

572 ـ تحدد سلطة التمثيل امتيازات الممثِّل بهدف حماية شخصية الممثَّل القانونية.

إذا كان نمو التبادلات يفرض اللجوء إلى تقنية التمثيل، فإن هذه التقنية يمكن أن تكون مصدر إساءة استعمال ذلك بأنها تبدو متناقضة مع مبدأ الحرية البشرية ذاته، إذ يمكن أن يلتزم أحد الأشخاص بدون أن يكون قد قام بعمل خاص بإرادته[1]. وهكذا ينبغي تعيين حدودها كي لا يوصل التمثيل إلى نفي شخصية الممثَّل القانونية. وليس التمثيل التجاري مقبولاً إلاّ بشرط مزدوج بأن يتمكن الممثَّل من أن يحدد بحرية طبيعة السلطة التي يزوّد الممثِّل بها ومداها وأن يبقى هذا الممثِّل الذي «عليه أن لا ينسى أبداً أنه مجرد جهاز للحياة القانونية» للممثَّل[2]، بدقة في حدود السلطة التي أعطيت له.

إن المسائل المتعلقة بالسلطة التي ينيطها الممثَّل وبممارسة هذه السلطة من قبل الممثِّل هي التي تسيطر إذاً على دراسة نظام التمثيل التجاري.

I ـ السلطة التي ينيطها الممثَّل

573 ـ إذا كان للممثَّل، في مادة التمثيل التجاري، من حيث المبدأ، إرادة إبرام العقد القانوني عن طريق ممثِّله، فإن له، على وجه الخصوص، إرادة إناطة سلطة تمثيله بهذا الممثِّل. وهكذا من الواجب، في المقام الأول، دراسة إرادة تأهيل الممثِّل قبل تحليل إرادة إبرام العقد.

---

(1) انظر في الاتجاه عينه، R. SAVATIER، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12.

(2) المرجع عينه. إن اللجوء إلى تعبير «جهاز»، وإن كان تمييزياً، يمكن أن يكون منازعاً فيه لأنه لا يتطابق بشكل أصح مع تقنية التمثيل. وإذا كان مجال هذه التقنية قد توسع لتأمين تمثيل المصالح الجماعية داخل الأشخاص المعنويين، فالميل اليوم أقل إلى الكلام على التمثيل للتمييز نشاط الذين يفترض أنهم يعبرون عن إرادتهم (هل يتم التعبير عن إرادة عدة أشخاص إراداتهم يمكن أن تكون متباينة؟)، ذلك بأن هذا النشاط، وبصورة خاصة في مجال التشريع المتعلق بالشركات، له نظام خاص به يختلف عن نظام التمثيل. انظر F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 166، صفحة 132.

أ ـ إرادة تأهيل الممثَّل.

574 ـ سلطة التمثيل.

الممثَّل، في مادة التمثيل التجاري[1]، هو الذي ينيط إرادياً بالممثِّل سلطة تمثيله. وإعطاء سلطة كهذه، مفهومة على أنها «الجدارة في التعبير عن مصلحة متميزة عن إرادة الذات»[2]، لا غنى عنها بالفعل لكي يتمكن الممثِّل من ممارسة حق أو حرية[3] لحساب الممثَّل.

بيد أن هذه السلطة يمكن أن تكون ممتدة إلى حد ما، إمّا أن يخوّل الممثَّل الممثِّل سلطة إبرام عمل قانوني باسمه ولحسابه، فيتعلق الأمر بفرضية التمثيل الكامل[4]، وإمّا أن يعدل طبيعة هذه السلطة ومداها حسب هذا التعديل، ويمثل ذلك مختلف فرضيات التمثيل «غير الكامل».

1) التمثيل الكامل.

575 ـ يتيح التمثيل الكامل للتمثِّل إبرام عمل قانوني باسم الممثَّل ولحسابه.

يغطي التمثيل الكامل فرضية الوكالة المحدد نظامها في المواد 1984 إلى 2010 من القانون المدني. تكفي إذاً الإحالة إليها.

وهذا النظام القانوني يترك للموكل حرية كبيرة لتحديد امتداد السلطة التي ينيطها بالوكيل. وهكذا بإمكانه أن يعطيه وكالة عامة (المادة 1987) لا تتيح له مع ذلك إلاّ أعمال الإدارة، مع التحفظ لجهة وكالة بين الزوجين (المادة 1988). ويمكن، على العكس، أن يعطيه وكالة خاصة في قضية أو عدة قضايا فقط (المادة 1987)، حتى أن يسمح له بإبرام عقد وكذلك التفاوض في شأن بنوده أو أن يخوّله إمكانية عدم التعاقد إلاّ مع أشخاص معنيين وحسب، فيكون الحد الوحيد هنا تقليص الوكيل إلى رسول يكلف فقط نقل إرادة الممثَّل بدون أن يعبر هو نفسه عن إرادته الخاصة[5].

ويكشف الممثِّل، في هذه الفرضية، عن صفته للغير الذي يتعاقد معه (إنه يعمل باسم الممثَّل)[6] ولا يعمل لمصلحته الخاصة (وإنما لحساب الممثَّل)[7].

---

(1) هكذا يمكن أن يكون مصدر التمثيل في القانون (انظر على سبيل المثال المواد 383 و450 أو 1421 من القانون المدني) أو في حكم قضائي (انظر على سبيل المثال المادتين 113 أو 219 من القانون المدني).

(2) B. GAILLARD, Le pouvoir en droit privé، منشورات Economica، 1985، مقدمة G. CORNU، رقم 217، صفحة 139.

(3) انظر حول التفريق بين الحق الذاتي والحرية، المدخل العام، رقم 189، صفحة 146 وما يليها.

(4) إنه لا يلتبس كلياً مع الوكالة طالما أن الاجتهاد يقبل أن الوكيل يمكن أن يكتفي بتحقيق أعمال مادية ولحساب الممثَّل؛ انظر الرقم 569 السابق.

(5) انظر حكم غرفة العرائض، 20 شباط 1922، D.1922، 1، صفحة 201، تعليق R.SAVATIER.

(6) إذا عمل الوكيل باسمه الخاص، يصبح مدين الشخص الذي تعاقد معه، وله الرجوع على الموكل: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 329، صفحة 228؛ Defrénois 1994، صفحة 791، رقم 58، تعليق Ph. DELEBECQUE.

(7) تتيح ممارسة السلطات الخاصة التفريق بين الممثِّل وجهاز الأشخاص المعنويين: في حين أن الممثِّل لا يعمل =

وتنتج مفاعيل العقد بالتالي مباشرة وحصرياً على شخص الممثَّل: ما ان يبرم هذا العقد حتى يلتزم الممثَّل كلياً ولا يلتزم الممثِّل الذي لا يملك أي حق ولا يلزم بأي موجب.

2) التمثيل «غير الكامل».

576 ـ التمثيل الخياري وغير التام.

تعهد الممثّل، في فرضيات التمثيل «غير الكامل»، يمكن أن يخضع لإرادة الغير حسن النية (المسخّر) أو لإرادة الممثِّل والممثَّل (إعلان اسم الحائز الحقيقي). ويمكن، في هاتين الحالتين، الكلام على التمثيل الخياري[1]. وإنما قد يحدث أن يكتفي الممثِّل بإنجاز أعمال مادية باسم الممثَّل ولحسابه (تمثيل تجاري): يقتضي عندئذ الكلام على التمثيل غير التام.

أ) ـ التمثيل الخياري:

577 ـ المسخّر.

يتعلق الأمر بفرضية المسخَّر المنازع فيها[2]. فالممثَّل ينيط بالممثِّل سلطة إبرام عمل قانوني مع الغير، وإنما بدون أن يكون بإمكانه الكشف عن صفته كوسيط لهذا الغير. ومنذ ذلك الحين تصبح مفاعيل هذه الاتفاقية المستترة غير محتج بها ضد الغير، والممثِّل بإبرامه عقداً مستتراً مع الممثَّل ينقل إليه الحقوق والموجبات الناجمة عن العقد الذي يربطه بالغير.

إن وجود هذا النقل بالضبط[3] هو الذي يتيح لقسم من الفقه معارضة وصف اتفاقية التسخير بالتمثيل، لأن المسخر لا يعمل باسم الشخص الذي أعطاه السلطة وإنما باسمه الخاص[4]: لا يمكن أن يكون هنا تمثيل إذن، ولو كان صورياً، وإنما غياب تمثيل مكوّن فئة

= إلاّ لحساب الممثِّل، فإن الجهاز لا يعمل إلاّ عن طريق التمثيل، وفي بعض الحالات «يتدخل باستخدام السلطات المنوطة بها شخصياً ومباشرة» (M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 282، صفحة 213، والأرقام 282 إلى 287).

(1) ثمة فرضية ثالثة للتمثيل «الخياري» تتكون من الوعد بضمان موافقة الغير: تعهد الممثِّل هنا خاضع لتصديق الغير؛ انظر في شأن دراسة خاصة الرقم 809 وما يليه.

(2) انظر في صدد ترادف التعبيرين «مسخّر» و«تسخير الأشخاص [المنازع فيه، M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 303، صفحة 226، التعليق 96، والإسنادات العديدة المستشهد بها. قارن بـ D.RAMBURE, Le mandat accessoire d'une opération juridique complexe، أطروحة في باريس I، 1981، رقم 126 وما يليه، حول اتفاقية النقل.

(3) انظر حول تأكيده، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 64، صفحة 51. ـ حكمْ غرفة العرائض، 10 نيسان 1936، D 1937، I، صفحة 92، تقرير E. PILON.

(4) انظر بين الانتقادات الصالحة أيضاً تجاه العمولة والتسخير، P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Du prête - nom ou gérant d'affaires en agissant en nom propre، أطروحة في باريس، 1898، رقم 5، صفحة 10 وCh. BEUDANT et P. LEREBOURS - PEGEONNIÈRE، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 910، صفحة 17. ـ J-D. BREDIN, Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'atce simulé، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1956، صفحة 261 ولا =

وكالة من نوع خاص بدون تمثيل[1].

بيد أن التنسيق بين نظرية الصورية والتمثيل يتيح إظهار الفروق الدقيقة وفي بعض الحالات تفسير فرضية المسخر بدون أن يكون من الضروري الرجوع إلى مفهوم جديد[2]. فالمسخّر يبرم، من جهة أولى، عقداً ظاهرياً مع الغير، بدون الكشف عن صفته كممثّل[3]. كما يبرم، من جهة ثانية، عقداً سرياً ينعت باتفاقية مسخر مع الممثَّل. ويكفي عندئذ جمع القاعدتين المطبقتين على نموذجي العقدين. إن قواعد التمثيل، في العلاقات بين الممثِّل والممثَّل، هي التي تطبق[4]. ويملك الممثَّل، في العلاقات التي تربط الممثِّل بالغير، شرط أن يكون حسن النية، خياراً[5]: إمّا أن يتنكر للعقد السري، فيكون المسخر، بدون أن يكون بإمكانه الاحتجاج في وجهه بمحتواه[6]، ملزماً تجاهه[7]؛ وإما أن يتمسك بهذا العقد بقبول

= سيما الرقم 13 والرقم 14. ـ M. DAGOT, La Simulation en droit privé، منشورات L.G.D.J، 1967، مقدمة P. HÉMARD، رقم 118، صفحة 111 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 91، صفحة 87 ـ قارن بـ H-L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثانية، تأليف F. CHABAS، رقم 153، صفحة 138. وكذلك حكم غرفة العرائض، 10 شباط 1936، D.H.1936، صفحة 162.

(1) انظر في هذا الاتجاه، حكم غرفة العرائض، 25 شباط، 1864، D.1864، 1، صفحة 282 ـ 4 تموز 1922، S.1924، 1، صفحة 286.

(2) انظر M.STORCK، المرجع عينه، رقم 304، صفحة 227 وصفحة 228. وكذلك G. CORNU، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 795 ـ M. BESSON تعليق على حكم المحكمة المدنية في شارول، 7 آذار 1952، D.1953، صفحة 16 (العمود الأول) ـ النقض المدني، 7 كانون الثاني 1935، D.H. 1935، صفحة 131 ـ 8 تشرين الثاني 1926، S.1927، 1 صفحة 42 ـ J. ROUSSEAU, Essai sur la notion juridique de simulation أطروحة في باريس، 1937، رقم 128 وما يليه.

(3) M.PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1504 وما يليه، الذي يأخذ، في معالجة وكالة المسخر، بأن «لا شيء يجبر الموكل والوكيل على جعل علاقاتهما علنية» (رقم 1505، صفحة 864).

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول كانون الأول 1971، S. 1972، صفحة 248؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1972، صفحة 795، ملاحظة G. CORNU.

(5) الغير الذي يعرف الوضع الحقيقي للمسخر ليس سيء النية (انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 نيسان 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 135، صفحة 120؛ S.1986، صفحة 233، تعليق D. RAMBURE)؛ بالنسبة إلى الصيرورة لا يكفي أن يكون على علم بهذا الوضع بل يجب كذلك أن يعرف أن الممثَّل لا يعمل ضمن حدود السلطة التي أناطها الممثِّل به (انظر النقض المدني، 29 كانون الأول 1930، S.1931، 1، صفحة 136 ـ حكم غرفة العرائض، 4 تموز 1922، S.1924، 1، صفحة 286).

(6) تصلح القاعدة أيضاً بالنسبة إلى «التسخير» كما بالنسبة إلى «المسخر»؛ انظر النقض المدني، 20 نيسان 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1959، II، 11146، ملاحظة E. BECQUÉ. ـ 4 تشرين الثاني 1902، S.1903، 1، صفحة 173.

(7) قارن بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 حزيران 1988، نشرة Joly، 1988، صفحة 671؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 305، ملاحظة J. MESTRE، الحكم بأن مدير الشركة الذي لم يكشف عن صفته إلى الغير الذي أبرم العقد معه كان «ملتزماً شخصياً بصفة متعاقد» إذ «أنشأ ظاهراً لا يسمح بمعرفة شخص المتعاقد الحقيقي»، وهكذا جرى رد برهان المدير الذي يدعي في طعنه بأنه عمل عن =

حقيقة سلطة التمثيل، فيكون الممثَّل مرتبطاً مباشرة بالعقد الذي أبرمه الممثِّل[1].

وبتعابير أخرى، يخضع إعمال قواعد التمثيل الذي يستدعي أن يكون الممثَّل ملزماً مباشرة بالعقد الذي يبرمه الممثِّل لإرادة الغير. يمكن إذاً الكلام تماماً على التمثيل الخياري[2]. غير أنه، عندما يكون هذا الغير سيّىء النية، أو عندما يكون حسن النية ويتمسك بالعقد الظاهري، لا تكون تقنية التمثيل قابلة للتطبيق.

والوضع مختلف في مادة العمولة. فهذا العقد، لأنه يتيح للوسيط التجاري العمل لحساب المفوَّض وإنما باسمه الخاص (المادة 94 من قانون التجارة[3])، يحظر تمثيل شخص المفوَّض الذي يعمل المفوَّض لمصلحته[4]. فهو لا يتيح إذاً لشريك الوسيط التجاري في التعاقد إلاّ العمل ضد هذا الوسيط[5]، وإنما ليس ضد المفوِّض، إذا لم يكن ذلك عن طريق الدعوى غير المباشرة. وليس لأي صورية هنا أن تتيح للغير حيازة خيار للإفادة مباشرة من العقد الذي أبرمه تجاه المفوِّض، لا يمكن بالتالي الكلام على تمثيل غير كامل ولو كان مجرد تمثيل خياري[6]؛ إن الأمر يتعلق بمجرد نقل منفعة العقد.

بيد أن المفوِّض والغير بإمكانهما رفع «ستار العمولة التجارية»[7] للبحث تبادلياً عن بعضهما؛ فإذا عرفا بعضهما، فينبغي عند ذلك قبول دعوى الأول ضد الثاني[8] وكذلك

= طريق تمثيل الشركة التي هي الملزمة وحدها.

(1) انظر النقض المدني، 8 تشرين الثاني 1926، المذكور سابقاً ـ G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autruie، منشورات Sirey، 1950، مقدمة J.HAMEL، رقم 128، الصفحات 167 إلى 169.

(2) تعبير التمثيل «غير الكامل» غير صحيح، لأن التمثيل الخياري عندما يجب أن يعمل ينتج مفاعيل التمثيل جميعاً. انظر في هذا الاتجاه STORCK، المرجع عينه، رقم 305، صفحة 229.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 تشرين الثاني 1956، النشرة المدنية، III، رقم 303، صفحة 262 ـ 3 أيار 1965، النشرة المدنية، III، رقم 280، صفحة 253 ـ 10 شباط 1970، D.1970، صفحة 332.

(4) انظر G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité de droit commercial، الجزء II، الطبعة الثالثة عشرة، 1992، اللذين يأخذان بأن العمولة التجارية، إذا كانت تشكل «نمط تمثيل مصالح الغير» (رقم 2635، صفحة 700)، فإنها لا تؤدي إلى «تمثيل الشخص القانوني» للمفوِّض (رقم 2658، صفحة 708).

(5) وهكذا للمفوَّض وحده صفة الدائن والمدين للغير (انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 13 أيار 1958، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 153) وهو وحده ضامن العقود التي يبرمها لحساب المفوِّض (انظر حكم غرفة العرائض، 3 أيار 1887، S.90، 1، صفحة 303 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 أيار 1962، النشرة المدنية، III، رقم 240، صفحة 197 ـ 15 تموز 1963، النشرة المدنية، III، رقم 378، صفحة 319).

(6) قارن بـ M.STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 315 وما يليه، ولا سيما رقم 319، صفحة 335 وصفحة 336 ـ R. DE QUÉNAUDON، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 168 إلى 176 ـ A. RIEG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، اللذين يرفضان وصف التمثيل غير الكامل (أو غير المباشر) لعقد العمولة التجارية.

(7) M. COZIAN, L'action directe، منشورات L.G.D.J، 1969، مقدمة A. PONSARD، رقم 81، صفحة 53.

(8) النقض المدني، 29 أيار 1925، D.H. 25، صفحة 426. انظر في هذا الاتجاه M. COZIAN، الأطروحة =

الدعوى المعاكسة[1]. وإذا كانت هذه الدعوى المتبادلة هي مفعول ممكن للتمثيل[2]، والغير أصبح على علم باسم الشخص الذي يعمل الوسيط التجاري له، فلا مجال لهذا التمثيل كاملاً لأن الوسيط التجاري لا يمكن أن يتبرأ من موجباته[3] ويبقى ملزماً بصفة أصلية[4].

578 ـ إعلان اسم الحائز الحقيقي.

يتيح إعلان الحائز الحقيقي الذي لا يسوسه أي نص من القانون المدني (المادة 707 من قانون الإجراء المدني والمادة 686 من القانون العام للضرائب) لأحد الأشخاص إبرام عقد مع الاحتفاظ في آونة إبرامه بتعيين المستفيد الحقيقي منه لاحقاً. وإذا أعلن المفوَّض، في مهلة قصيرة بصورة خاصة[5]، عن استخدام هذه الإمكانية مع تسمية الحائز الحقيقي الذي يقبل من جهته أن يكون مرتبطاً بهذا العقد، فإن العقد يفترض أنه جرى إبرامه منذ الأساس من قبلة. وبالمقابل، إذا لم يلجأ المفوَّض إلى هذا الإعلان فيكون وحده ملتزماً بالعقد الذي أبرمه.

وهذا الأسلوب يتيح لأحد الأشخاص إبرام عقد في حين أنه بإمكانه شرعاً الظن أن الغير سيرفض التعاقد معه، ومنفعته العملية لم تمنع الفقه مع ذلك من الشك في طبيعته القانونية[6]. ويبدو أنه ينبغي في النهاية تحليل ذلك كتمثيل خياري[7].

وبالفعل عندما يبرم المفوَّض العقد مع الغير ويحتفظ بإمكانية العمل باسم شخص آخر ولحسابه يرفض فقط كشف هويته. وبتعبير آخر يتقدم للغير بصفة مزدوجة: شريك في التعاقد أو ممثِّل؛ واللجوء إلى إعلان الحائز الحقيقي أم لا يحدد صفته الحقيقية[8]، ففي آونة هذا

= المذكورة سابقاً، رقم 79، صفحة 52 ـ G. RIPERT et R. ROBLOT؛ المرجع عينه، رقم 2635، صفحة 700 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les contrats spéciaux، الطبعة السابعة، 1993، رقم 538، صفحة 284.

(1) J. HÉMARD, Les contrats commerciaux، الجزء II، 1955، رقم 742، صفحة 107 ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 81، صفحة 53.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 81، صفحة 53، الذي يرى أن مفاعيل التمثيل يجب أن تكون أحادية الجانب.

(3) النقض المدني، 15 شباط 1893، D.93، 1، صفحة 378؛ S.93، 1، صفحة 128.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1955، النشرة المدنية، III، رقم 30، صفحة 122؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1955، صفحة 376، ملاحظة J. HÉMARD.

(5) تفرض المادة 686 من القانون العام للضرائب أن يحصل هذا الإعلان خلال الأربع والعشرين ساعة التالية للبيع أو المزايدة وإلاّ تعتبر العملية نقلاً مزدوجاً.

(6) انظر التطبيقات العديدة المقدمة التي يستعيدها M. STORCK في أطروحته (المرجع عينه، رقم 298، صفحة 222 وصفحة 223): استبدال وفضول واشتراط لصالح الغير مع وعد بضمان موافقة الغير وعمولة وإيجاب وكالة، أو كذلك عقد من نوع خاص ووهم.

(7) انظر تسمية السيد STORCK الذي يتكلم على التمثيل الخياري (الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 295 إلى 302).

(8) يتيح هذا الخيار إذا تم الاحتفاظ به، تمييز إعلان الحائز الحقيقي للوكالة الصرف وبلا شرط؛ قارن بـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، رقم 535، صفحة 281.

الإعلان إذاً تتم معرفة ما إذا كان المفوّض يعمل فعلياً بصفة ممثل. وينبغي في هذه الآونة أن يقبل (أو يكون قد قبل في عقد سابق) هذا الإعلان لكي ينتج العقد مفاعيله مباشرة على شخصه. والتمثيل الذي تتيحه العملية خاضع إذاً لإبداء مزدوج للإرادة: إعلان المفوَّض وقبول الحائز الحقيقي به. فإذا تم إبداء هاتين الإرادتين يمثل المفوّض الممثِّل والحائز الحقيقي الممثَّل: إن مفاعيل التمثيل الكامل هي التي تنتج[1].

ب) ـ التمثيل غير التام:

579 ـ التمثيل التجاري.

يعمل الممثِّل في مختلف فرضيات التمثيل غير التام[2] باسم الممثَّل ولحسابه بالنسبة إلى الغير. إن دوره، حتى ولو لم يبرم بالضرورة عقداً قانونياً لصالح الممثَّل، يمكن أن يكون مهماً بصورة خاصة، طالما أن بإمكانه أن يذهب حتى المتفاوض على محتوى العقد الذي يكتفي الممثَّل بتوقيعه.

إن الأخذ بأن التمثيل يمكن أن يتحدد بتنفيذ أعمال مادية يجعل التفريق الذي يمكن أن يكون موجوداً بين هذه الإوالية وعقد المقاولة أقل وضوحاً. وإذا كان ثمة التباس بين التمثيل والوكالة فيجري التفريق بالفعل تقليدياً بالأخذ بأن التمثيل وحده يتيح القيام بأعمال قانونية، في حين أن عقد الوكالة يسمح فقط بتحقيق عمليات مادية[3]. على أن أي تفريق ليس ملغى. فالممثَّل والممثِّل من جهة اولى، في شأن التمثيل التجاري، يعملان من أجل تكوين زبن مشتركين عن طريق تعاون دائم[4]، والحال مختلفة في مادة المقاولة. والممثِّل، من جهة أخرى، هو وسيط بين الممثَّل والغير الذي يعمل متقيداً بالسلطة التي أعطاها الممثَّل إياها، في حين أن المقاول الذي لا يقوم بهذا الدور مكلف تحقيق عمل «باستقلال تام[5]». وهذا ما يفرق هنا المقاول عن الممثِّل.

والوكيل التجاري، لأنه يعمل باستقلال تام وإنما يتقيد بالسلطة التي اناطها به الموكل، وهو مكلف إقامة علاقات مع الغير متصرفاً حصرياً باسمه ولحسابه، يمثل إرادة موكله.

على أن هذا التمثيل يمكن أن يُنعت بأنه «غير تام»، ذلك بأن الممثِّل لا يلزم الممثَّل

---

(1) هذا الطابع الخياري في رأينا يجب مع ذلك أن يتيح وصف هذا النموذج من التمثيل «غير الكامل»، مع أن هذا التعبير لم يكن له مطلقاً هذا المعنى إلاّ بالنسبة إلى الفقه التقليدي. فالتمثيل، بالنسبة إلى هذا الفقه، غير تام (أو غير مباشر) لأن مفاعيله تنتج في زمنين، في حين أنه، في رأينا، غير كامل لأنه خاضع لحدث غير أكيد، أي استعمال الخيار.

(2) انظر الرقم 570 السابق وما يليه.

(3) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض، 19 شباط 1968، المذكور آنفاً.

(4) انظر الرقم 571 السابق.

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 شباط 1968 المذكور سابقاً: يستنتج الحكم غياب سلطة التمثيل من تحقيق أعمال مادية ومن تنفيذ هذه الأعمال باستقلال تام. انظر أيضاً Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، رقم 710، صفحة 393.

قانوناً الذي يحتفظ بإمكانية الإبرام أم لا حسب الشروط التي تفاوض في شأنها ممثّله مع الغير. وبصورة أصح، إذا كان من الممكن الكلام على وكالة بدون تمثيل[1]، ربما يكون من الملائم الكلام اليوم، في حالة التمثيل التجاري، على تمثيل بدون وكالة إبرام عمل قانوني، إذا شئنا الفصل بين الوكالة والتمثيل[2].

ب ـ إرادة إبرام العقد:

580 ـ الأهلية.

إذا أبرم العقد الممثِّل، من حيث المبدأ، فإن الممثَّل، وهو الذي أناط به هذه السلطة، أراد إبرامه. وهذا العقد، فضلاً عن ذلك، ما أن يبرم حتى ينتج مفاعيله في ذمة الممثَّل المالية وحدها. إذن ينبغي تقدير أهلية إبرام العقد في شخص هذا الممثَّل[3]. ولا يكفي، في مادة التمثيل الاتفاقي، أن يتمتع الممثَّل بأهلية الوجوب، أي الجدارة لأن يكون حائز حقوق[4]، بل ينبغي أن يتمتع أيضاً بأهلية الأداء ما دام أن منح سلطة التمثيل صادر عن إرادته[5].

وبالمقابل يتم التعليم عموماً بأنه من غير الضروري أن يكون الممثِّل متمتعاً بالأهلية[6]، من حيث المبدأ، عندما لا يمارس، من جهة أولى، حقوقه الخاصة وإنما حقوق الممثَّل، ومفاعيل العقد الذي يبرمه، من جهة ثانية، تنتج فقط في ذمة الممثَّل المالية؛ يكفي أن يكون في مقدوره التعبير عن إرادة خاصة به طالما أنه يبرم العقد وفي استطاعته التفاوض في شأن بنوده. على أن أهلية قبول سلطة التمثيل يجب أن تكون مطلوبة من الممثِّل في مادة التمثيل الاتفاقي وخارج الفرضية الخاصة المحددة في المادة 1990 من القانون المدني (يمكن اختيار قاصر غير محرر كوكيل)[7].

وتبقى هذه الحلول ضرورية في مادة التمثيل غير التام[8]، ذلك بأن الممثِّل هو الذي يبرم العقد شخصياً في حين أن الممثَّل يكتفي بالقيام بالعمليات المادية.

---

(1) انظر الرقم 577 السابق بالنسبة إلى فرضية عقد العمولة وحدها.

(2) انظر بهذا المعنى J. BONNECASE، المرجع عينه، رقم 307، صفحة 304.

(3) انظر النقض المدني، 5 كانون الأول 1933، S.1935، 1، صفحة 23. وكذلك النقض المدني، 4 كانون الثاني 1934، D.H. 1934، صفحة 97؛ S.1936، 1، صفحة 137 تعليق H. VIALLETON.

(4) انظر G. GOUBEAUX, Les personnes، 1989، رقم 15، صفحة 24.

(5) G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، 1988، رقم 92، صفحة 87.

(6) انظر على سبيل المثال M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 58، صفحة 75 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 254 ورقم 255 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 866، صفحة 371.

(7) Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS- PIGEONNIÈRE، المرجع عينه، الجزء IX، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 918، صفحة 24.

(8) انظر الرقم 579 السابق.

581 ـ عيوب الرضا.

لا شك في أن للممثَّل إرادة إبرام عمل قانوني عن طريق الممثِّل، غير أن الممثِّل هو الذي يعبر عن إرادته الخاصة للوصول إلى النتيجة التي يرغب الممثَّل في تحقيقها. فإرادته إذاً هي التي يمكن أن تكون مشوبة بالغلط أو الخداع أو العنف. ويُستنتج من ذلك تقليدياً أن عيوب الرضا يجب تقديرها في شخصه[1]، إلاّ في حال تقليص هذا الشخص إلى صف مجرد رسول يمنع غياب إرادته الخاصة أن تكون تشوبه بالعيب[2]. وبإمكان الممثَّل طلب إبطال العقد المشوب بالعيب لصالحه[3].

وبالعكس يجب أن يتحمل الممثَّل مفاعيل الخداع الذي ارتكبه هذا الممثِّل[4].

والحل مختلف ما أن يكون الممثَّل قد تدخل بصفة شخصية في إبرام العقد[5]، إذ تقدر عيوب الرضا في شخصه.

II ـ السلطة التي يمارسها الممثِّل

582 ـ التمثيل الذي يتم في حدود السلطة التي يمنحها الممثَّل لا تنتج، من حيث المبدأ، مفاعيل إلاّ في ذمة الممثَّل المالية.

لا يُلزم الممثِّل بالعقد الذي يبرمه إذا تقيد بالسلطة التي زوده بها الممثَّل. ولا يكتسب أي حق تجاه الغير ولا يتعاقد على أي موجب تجاهه[6]، ذلك بأن الممثِّل، منذ تكوين

---

(1) انظر على سبيل المثال M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 57، صفحة 74 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، H. ROLAND et L. BOYER، رقم 253، صفحة 103 ـ G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 92، صفحة 87. انظر النقض المدني، 15 حزيران 1898، S.99، 1، صفحة 208، تعليق A. TISSIER.

(2) J. FLOUR et J-L. AUBERT، المرجع عينه، المجلد 1، الطبعة الخامسة التعليق 1. انظر حول تطلب إرادة خاصة للممثِّل لتمييز التمثيل، حكم غرفة العرائض، 20 شباط 1922، 1، صفحة 201، تعليق R. SAVATIER.

(3) R. DEMOGUE، المرجع عينه، الجزء I، رقم 135، صفحة 225 ـ A. TISSIER، التعليق المذكور سابقاً.

(4) انظر حكم غرفة العرائض، 14 حزيران 1847، S.48، 1، صفحة 37 ـ قارن بـ حكم غرفة العرائض، 21 آذار 1893، D.193، 1، صفحة 433، تعليق M. PLANIOL (الناقد)؛ S.95، 1، صفحة 241، تعليق A. WAHL (المحجور عليه أو القاصر تحت الوصاية [ليس] مسؤولاً... عن الخداع أو الغش الذي يمكن أن يرتكبه الوصي في ممارسة وظائفه). انظر أيضاً الرقم 806، التعليق 179.

(5) لا يمنع على الممثَّل حق إبرام العقد الذي أناط تحقيقه بالغير؛ انظر النقض المدني، 2 حزيران 1913، S.1914، صفحة 179 ـ R. DEMOGUE المرجع عينه، الجزء I، رقم 145، صفحة 238.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، IV، صفحة 30 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 آذار 1986، مجلة قصر العدل 1986 ـ صفحة 330 من الموجز، ملاحظة A. PIEDELIÈVRE ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1985، النشرة المدنية V، رقم 143، صفحة 123 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، =

العقد، يمّحي كلياً[1]. وتنتج جميع مفاعيل العقد الإيجابية والسلبية مباشرة في ذمة الممثِّل المالية: إنه وحده دائن المدين ومدينه؛ وبإمكانه وحده طلب التنفيذ ويلاحق وحده لعدم التنفيذ[2]؛ وأخيراً يكتسب العقد ذو التوقيع الخاص الذي جرى إبرامه احتمالياً بقوة القانون تاريخاً أكيداً تجاهه، ذلك بأنه لا يمكن أن يماثل بالغير بمعنى المادة 1328 من القانون المدني[3].

ولن يكون الأمر خلاف ذلك إلاّ أن يكون الممثِّل قد ضمن تنفيذ العقد من قبل الممثّل أو كفل ذلك: بإمكان الغير، في هذه الحالة، أن يقاضي الممثِّل أو الممثَّل[4]. والجرائم أو شبه الجرائم التي يرتكبها الممثِّل في ممارسة سلطته تجعله مسؤولاً شخصياً[5] في المسؤولية ذات الطابع التقصيري[6]، سواء تصرف بمبادرة منه أو بناء على تعليمات الممثَّل[7].

= 13 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة N، II، صفحة 209، ملاحظة Ch. ATIAS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 146، ملاحظة Ph. RÉMY ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 346، صفحة 268 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1966، النشرة المدنية، II، رقم 99، صفحة 71 ـ حكم غرفة العرائض، 15 شباط 1925، S.1925، 1، صفحة 179 ـ 22 شباط 1886، S.87، 1، صفحة 59 ـ النقض المدني، 19 تموز 1852، D.52، 1، صفحة 299، S.93، 1، صفحة 33.

(1) Les obligations du mandataire، Ph. PÉTEL، منشورات Litec، 1988، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 175، صفحة 115 وصفحة 116. قارن بـ Ph. LE TOURNEAU, De l'évolution du mandat، صفحة 57، 1 وما يليها ولا سيما II.

(2) لا يستطيع الغير مقاضاة الممثِّل ليطلب إليه تنفيذ العقد أو المطالبة بالعطل والضرر لعدم التنفيذ؛ انظر حكم غرفة العرائض، 10 شباط 1925، S.1925، 1، صفحة 179 ـ 22 شباط 1886، S.87، 1، صفحة 59 ـ النقض المدني، 19 تموز 1852، D.52، صفحة 299؛ S.53، 1، صفحة 33.

(3) انظر حكم غرفة العرائض، 7 آذار 1893، S.93، 1، صفحة 291 ـ النقض المدني، 8 حزيران 1859، S.59، 1، صفحة 567.

(4) يجمع الفقه على قبول هذا الحل. انظر على سبيل المثال M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف F.ESMEIN، رقم 66، صفحة 85 وصفحة 86. ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 259، صفحة 106.

(5) لم يعد من الممكن بالفعل، في هذه الفرضية، القول إن الممثِّل يقاضي بهذه الصفة؛ انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول شباط 1984، النشرة المدنية، I، رقم 47، صفحة 41 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1977، D.1977، صفحة 402 من التقرير، ملاحظة F. DERRIDA ـ حكم غرفة العرائض، 18 تشرين الثاني 1907، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1908، صفحة 118، ملاحظة R. DEMOGUE ـ النقض المدني، 25 حزيران، 1889، D. 1890، 1، صفحة 151؛ S.1891، 1، صفحة 123 ـ 5 تشرين الثاني 1877، D.1880، 1، صفحة 79. وكذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة، 30 شباط 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، II، 21192، ملاحظة Ch. ATIAS (وكيل الملكية المشتركة الذي لم يكشف عن صفته كممثِّل للغير يمكن أن يلاحق شخصياً).

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 أيار 1985، المذكور سابقاً.

(7) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 26 آذار 1971، نشرة الغرفة المختلطة رقم 6، صفحة 7؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، الطبعة G. II، 16762، طلبات R. LINDON ـ حكم الغرفة المدنية الأولى =

ومسألة مسؤولية الممثّل، في هاتين الفرضيتين الأخيرتين، منازع فيها[1]. ويبدو، مع أن محكمة النقض أخذت غير مرة بأن «الموكل، بمفعول عقد الوكالة وحده، ليس مسؤولاً مدنياً عن الجرائم التي يرتكبها الوكيل في مناسبة ممارسة وكالة»[2]، ويبدو إنه ينبغي الأخذ، إلى حد كبير، بمسؤوليته[3]، ربما بدرجة أقل لأنه يجب أن يعتبر هو نفسه مفوّض ممثّله[4] وليس لأنه ارتكب الخطأ هو نفسه[5]، إمّا بسبب التعليمات الخاطئة التي أعطاه إياها، وإمّا لأن عليه، في اختياره ممثّله، أن «يتحمل النتائج[6]، إذ ينتج خطأ الاختيار عن اللامشروعية التي ارتكبها.

إن هذه الحلول مقبولة تقليدياً[7]، وتغدو المسألة، بالمقابل، أدق عندما لا يعمل الوسيط ضمن حدود سلطته أو لا يمتلك أي سلطة؛ والحلول المتبناة عندئذ هي في غير محلها عندما يعمل هذا الوسيط ظاهرياً بصفة ممثّل وضمن حدود سلطته تجاه الغير.

= في محكمة النقض، 20 نيسان 1977، النشرة المدنية، I، رقم 181، صفحة 142.

(1) انظر بالنسبة إلى قبول مسؤولية الممثّل: R. DEMOGUE، المرجع عينه، الجزء I، رقم 103 ورقم 138 ـ A. WAHL، تعليق على حكم غرفة العرائض، 21 آذار 1893، المذكور سابقاً ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 65، صفحة 84. وعلى نقيض ذلك M. PLAVIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1502، صفحة 860 وما يليها ـ R. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français، الطبعة السابعة، الجزء II، رقم 947، صفحة 794 (حول أساس المادة 1384، الفقرة 3، من القانون المدني). ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français، الجزء VI، الطبعة الخامسة، تأليف E. BARTIN، الفقرة 146، صفحة 184 وصفحة 185.

(2) حكم الغرفة الجنائية في محكمة النقض، 24 شباط 1934، مجلة قصر العدل، 1934، I، صفحة 654 ـ 3 أيار 1940، مجلة قصر العدل، 1940، 2، صفحة 28.

(3) الخداع الذي يرتكبه الممثّل يلزم الممثّل دائماً لأنه «غير قابل للانفصال عن العقد الذي يقوم التمثيل بدوره فيه» (M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء XI، تأليف R. SAVATIER، رقم 1502، صفحة 862 ـ 3)؛ انظر حكم غرفة العرائض، 14 حزيران 1847، S.48، 1، صفحة 37؛ D.47، 1، صفحة 332 ـ حكم غرفة العرائض، 10 تموز 1895، S.96، 1، صفحة 288؛ D.96، 1، صفحة 132 ـ النقض المدني، 4 كانون الأول 1899، S.1900، 1، صفحة 311؛ D.1900، 1، صفحة 14.

(4) انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 أيار 1986 (صفة الوكيل لا تستبعد صفة التابع)، النشرة المدنية، I، رقم 134، صفحة 134؛ D.1987، صفحة 180 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL، بيد أنه يجب عند ذلك أن تكون شروط تطبيق المادة 1384، الفقرة 5، من القانون المدني، مجتمعة؛ انظر D. ALEXANDER, Juricl.- civil، البنود 1991 إلى 2002، الكراسة 2، الأرقام 31 إلى 36.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى، في محكمة النقض، 23 أيار 1977، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 191 ـ النقض المدني، 14 تشرين الثاني 1888، D.89، 1، صفحة 469؛ S.91، صفحة 45 ـ حكم غرفة العرائض، 10 كانون الثاني 1887، S.87، 1، صفحة 374 ـ 20 كانون الثاني 1880، S.80، 1، صفحة 412؛ D.80، 1، صفحة 352 ـ النقض المدني، 15 كانون الثاني 1872؛ S.72، 1، صفحة 9 ـ 8 تشرين الثاني 1843، S.43، 1، صفحة 852.

(6) R. DEMOGUE، المرجع عينه، الجزء I، رقم 138، صفحة 229.

(7) لا مجال لتعديلها في مادة التمثيل غير التام.

أ ـ تجاوز السلطة وإساءة استعمالها وغيابها.

583 ـ ليست الأعمال التي تقوم على تجاوز السلطة أو إساءة استعمالها محتجاً بها ضد الممثَّل.

في حين أن تجاوز السلطة يقدر موضوعياً بمقارنة بين ما جرى تنفيذه وما يمكن أن ينفذ[1]: لم يعمل الممثِّل ضمن حدود سلطته؛ ويتم تقدير إساءة استعمال السلطة ذاتياً بالنسبة إلى الدوافع التي ألهمت الممثِّل وحدها: لم يعمل هذا الممثِّل لمصلحة الممثَّل ولو كان قد بقي، ظاهرياً، في حدود سلطته[2].

بيد أن المفعول، في الفرضيتين، هو ذاته: العمل الذي يقوم به الممثِّل متجاوزاً سلطته أو مسيئاً استعمالها ليس له، مبدئياً، أي مفعول بالنسبة إلى الممثَّل[3]. والحل مبني حرفياً على المادة 1998، الفقرة 2، من القانون المدني في مادة الوكالة. وتفسيره النظري بسيط: لم يعمل الممثِّل ضمن حدود سلطته (وهذه الحدود لم تتم مراعاتها إلاّ ظاهرياً في حالة إساءة الاستعمال)؛ وليس في وسعه، إذا لم يتصرف مطلقاً عن طريق التمثيل، أن يلزم الممثَّل الذي بإمكانه الإفادة من مبدأ نسبية الاتفاقيات[4].

إلاّ أن محكمة النقض حكمت، في حالة تجاوز السلطة، بأن العمل المبرم من قبل الممثَّل المزعوم «كان باطلاً بطلاناً مطلقاً»[5]، لأن مسلك هذا الممثِّل منع الممثَّل من إعطاء

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، I، رقم 298، صفحة 195 (وعد بالبيع أبرمه وكيل عقاري يختلف عن شروط البيع العقاري في وكالته) ـ 17 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، I، رقم 25، صفحة 23.

(2) انظر E. GAILLARD، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 49، 1، صفحة 97.

(3) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 199، صفحة 139 ـ الهيئة بكامل أعضائها، 28 أيار 1982، النشرة المدنية للهيئة، رقم 3، صفحة 5؛ D.S.1983، صفحة 117، طلبات J. CABANNES وصفحة 349، تعليق E. GAILLARD ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1976، النشرة المدنية، I، رقم 361، صفحة 284 ـ النقض المدني، 20 كانون الأول 938، 1، مجلة قصر العدل، 1939، 1، صفحة 330 ـ 16 تموز 1934، S.1934، صفحة 326 ـ حكم غرفة العرائض، 20 كانون الثاني 1880، D. P. 80، 1، صفحة 252. وكذلك A. RIEG، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 26 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، 1993، الأرقام 572 إلى 574 ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 169، صفحة 133.

(4) انظر M. STORCK، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 231، صفحة 170 ـ B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H.ROLAND et L.BOYER، رقم 232، صفحة 96. وكذلك ـ Ph. PÉTEL, L'obligation du mardataire، منشورات Litec، 1988، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 77 وما يليه، الذي يفضل تعبير «غياب المفعول» على «اللاّحجية».

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 نيسان 1980، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 53؛ D.1981، صفحة 314 من التقرير، ملاحظة J. GHESTIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 155، ملاحظة F. CHABAS؛ Defrénois 1981، صفحة 853، ملاحظة J.- L. AUBERT.

رضاه على العقد وحرمه شروطاً جوهرية لصحته. وكان هذا الحل موضع انتقاد لأن البطلان، في ما يتعلق بحماية الممثَّل، هو بطلان نسبي كان من الواجب قبوله[1]. وحكمت محكمة النقض، في فرضية غياب السلطة، بالطريقة عينها[2] في صدد وفاة الموكل، «بأن العقد الذي أبرمه وكيل مجرد من السلطة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً»[3]. وقد تعرض هذا الحل للانتقادات نفسها كما في تجاوز السلطة.

إن «الممثَّل» في هذه الفرضيات كافة، يمكن أن يكون مسؤولاً تجاه «الممثَّل» وتجاه الغير[4].

ب ـ ظاهر السلطة.

584 ـ يمكن أن يستفيد الغير من نظرية الظاهر لربط شخص لم يعهد إلى شخص آخر بسلطة إلزامه.

إن الحلول التي ذكرناها لا تعني أن الممثَّل لم يصادق على العقد ومع التحفظ بقبول البطلان المطلق ـ وإن هذا العقد لم يكن نافعاً أو أن الغير لا يمكنه الإفادة من نظرية الظاهر[5] وموضوعها تسوية النزاع الذي ولده مسلك الممثَّل المزعوم بين مصلحة «الممثَّل» ومصلحة الغير[6]. إن لنظرية الظاهر هنا، وهي المعدّة لتصحيح قسوة إوالية التمثيل[7]، هدف عدم التضحية بسلامة المصالحات المرتكزة على الثقة المتبادلة التي ينبغي أن تشجع الفريقين في العقد: إذا كان الغير قد ظن شرعاً أن شريكه في التعاقد كان مزوداً بسلطة التمثيل، في حين أنه لم يكن كذلك أو لم يحترم حدوده، فيجب القبول إن الشخص الذي من المفترض أن يكون ممثلاً يمكن أن يكون ملزماً في بعض الحالات.

إن نظرية الظاهر، لأنها خارجية عن إوالية التمثيل، قلما تجعلنا نتوقف عندها[8]. ومن المناسب فقط التذكير بتطبيقاتها الرئيسية في هذه المادة.

فمحكمة النقض، بعد أن أخذت بأن «الممثَّل» يمكن بأن يكون ملزماً بالعقود التي أبرمها «ممثِّله»، استناداً إلى الخطإ شبه التقصيري الذي يمكن أن يكون قد ارتكبه الممثَّل

---

(1) J. GHESTIN et J.- L. AUBERT، التعليقان المذكوران سابقاً ـ قارن M. STORCK، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 230، صفحة 170، الذي يرى أن اللاّحجية كانت المعاقبة المقبولة وحدها.

(2) مما يناظر، على الصعيد العملي، غياب تجديد السلطة أو عزل الممثَّل أو أيضاً وفاة الممثَّل.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى، 9 حزيران 1976؛ النشرة المدنية، I، رقم 213، صفحة 173.

(4) انظر Ph. PÉTEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 97 وما يليه.

(5) انظر Ph. PÉTEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، الأرقام 86 إلى 88.

(6) انظر المسألة المميزة التي طرحها M. STORCK (الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 232، صفحة 171، صفحة 172) «هل أن المصلحة الفردية للشخص الذي جرى إبرام عقد لحسابه بدون سلطات يجب بالضرورة أن تتغلب على مصلحة الغير الذي ظن شرعاً أن تعهد هذا الشخص صحيح؟».

(7) انظر المدخل العام، رقم 962، صفحة 673.

(8) انظر حول مجمل المسألة، المدخل العام، رقم 770 وما يليه.

بإهمال استخدام امتيازاته لوضع نهاية للظاهر الخادع[1]، لم تخضع نظرية الظاهر لمبادىء المسؤولية المدنية، لقبول أن «الممثّل»، ولو كان غير مؤاخذ، يمكن أن يكون ملزماً «إذا كان اعتقاد الغير بمدى سلطات الوكيل مشروعاً»[2].

وعليه لم يعد موقف «الممثّل هو الذي يجب أن يقام له وزن، وإنما موقف الغير. ولكي يكون الأول ملزماً أصبح الاجتهاد يفرض أن لا يكون الثاني قد ارتكب غلطاً مشتركاً[3] بل ارتكب «غلطاً مشروعاً»[4]، أو أنه استسلم «لاعتقاد مشروع»[5]، وجميع التعبيرات تفترض أن هذا الغير حسن النية. وهذا يعني أنه ينبغي التحديد، تجاه الظروف الواقعية التي كان الغير موجوداً فيها، ما إذا كان قد اتخذ الموقف الذي كان سيتخذه إنسان يقظ وحذر، مع عدم التطلب من هذا الغير أن يلجأ إلى تحقيقات تتجاوز العناية الطبيعية في حالة مماثلة[6]. وذلك يعني القول إن الحلول، رغماً عن الرقابة التي تقوم بها محكمة

---

(1) انظر على سبيل المثال النقض المدني، 27 تشرين الثاني 1929، D.H. 1930، صفحة 68 ـ وكذلك F. GIRAUT, L'apparence source de responsabilité، أطروحة في باريس، 1937.

(2) حكم الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1962، D.1963، صفحة 277، تعليق J. CALAIS-AULOY؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13105، تعليق P. ESMEIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 572، ملاحظة G. CORNU؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1963، صفحة 333، ملاحظة R. HOUIN.

(3) انظر حول التفريق بين الغلط المشترك والغلط المشروع، المدخل العام، رقم 783 ورقم 784.

(4) تبنت محكمة النقض، بعد أن تطلبت غلطاً مشتركاً (حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1965، D. 1966، صفحة 449، تعليق J. CALAIS-AULOY؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، II، 14361، تعليق R.L)، شروط تطبيقه أقسى، معيار الغلط المشروع مع ممارسة رقابة وصف الغلط (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 نيسان 1969، D.1970، صفحة 23، تعليق S. CALAIS-AULOY) مما يتيح الأخذ بأن الغلط المشروع يجب تقديره بشكل مطلق (انظر J. GHESTIN et G. GOUBEAUX، المرجع عينه، الطبعة الثالثة، رقم 785، صفحة 775، التعليق 39).

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 2 تشرين الأول 1974، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة G، II، 18247، ملاحظة H. THUILLIER ـ الغرفة المدنية الأولى، 3 أيار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 140؛ فهرس Defrénois، 1984، صفحة 436، ملاحظة G. VIRMELLE ـ الغرفة المدنية الثالثة 20 نيسان 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989، الطبعة G، II، 21229، ملاحظة J. MONÉGER ـ 23 تشرين الثاني 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة N، II، صفحة 72، ملاحظة J-P. MORAU، الغرفة التجارية، 6 حزيران 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 179، صفحة 119.

(6) تأخذ محكمة النقض بأن الطابع المشروع للاعتقاد يفترض «أن تسمح الظروف للغير بأن لا يتحقق من السلطات الممنوحة»: حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 319، صفحة 230. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية، 12 تموز 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 292، صفحة 207 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 نيسان 1988، المذكور سابقاً ـ حكم الغرفة التجارية، 22 كانون الأول 1975، النشرة المدنية، IV، رقم 313، صفحة 260 ـ حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 13 كانون الأول 1962، المذكور سابقاً.

النقض[1]، ليست موحدة وتتوقف إلى حد كبير على الظروف الواقعية[2].

وينبغي أيضاً، إذا كان تحديد الغلط المشروع حاسماً لتطبيق نظرية الظاهر على إوالية التمثيل، أن يجتمع شرطان آخران. الشرط الأول الإيقاع في الغلط: يجب أن يكون الغير أمام شخص يعمل كما لو كان مزوداً بسلطة التمثيل كي يكون ثمة عدم ملاءمة بين ما ظنه الغير والحقيقة، والشرط الثاني، المنصف وإنما يصعب تقديره أحياناً، يعود إلى «الممثِّل»: يقتضي أن لا يكون قد «بقي أجنبياً تماماً عن الظاهر»[3].

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 6، صفحة 5 (تحت طائلة النقض لنقض في الأساس القانوني يجب على القاضي بيان الظروف التي تسمح للغير بعدم التحقق من سلطات الوكيل). يتيح إقدام محكمة النقض على ممارسة رقابتها مع الإحالة إلى الظروف الواقعية التفكير في أنها تتصرف هنا، عن طريق مزيج أنواع توافق عليه، كدرجة ثالثة من القضاء؛ انظر بهذا المعنى B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 249، صفحة 102.

(2) انظر حول تقدير هذه الظروف في مادة الوكالة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة السابعة، رقم 582، الصفحات 316 إلى 318. وكذلك B. STARCK، المرجع عينه، الجزء II، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 247 ورقم 248.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 أيار 1974 (في مادة الصيرافة)، D.1977، صفحة 421، تعليق J- P. ARRIGHI (يجب أن لا يُنسب الظاهر، في أي شكل كان، إلى «الممثِّل»).

القسم 2

الوعد بضمان موافقة الغير

585 ـ تعريفه ومنفعته.

ضمان موافقة الغير بالنسبة إلى أحد الأشخاص هو الوعد بالموافقة على الالتزام[1]. وضامن موافقة الغير يبرم عقداً لحساب الغير بدون أن يكون قد تلقى السلطة مسبقاً[2]. وفعالية هذا التمثيل بدون سلطة يخضع لمصادقة الغير اللاحقة. إن الضامن يعد بهذه المصادقة من أجل الحصول على رضا الفريق الآخر وبالتالي إبرام العقد.

وهكذا يكون الوعد بضمان موافقة الغير عهداً ملحقاً بالعقد الأصلي من أجل تحقيق هذا العقد فوراً رغماً عن بعد أحد الفريقين أو عدم أهليته وعدم وجود سلطة من يمثله[3].

ويطبق الوعد بضمان موافقة الغير، في عرف بعض المؤلفين[4]، على مجرد أعمال

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، النشرة المدنية، III، رقم 108، صفحة 84، تأييد محكمة الاستئناف التي، استنتجت من تقديرها أن تعهد البائع «بالمساعدة بالوسائل جميعاً على إضفاء الشرعية على عقد البيع» لا يشمل وعداً بالحصول على رضا شريكه المالك على الشيوع، إن هذا التعهد لا يمكن أن يوصف بالوعد بضمان موافقة الغير.

(2) انظر إمكانية مماثلة الوعد بضمان موافقة الغير بتمثيل «خياري»، الرقم 576 السابق، التعليق 125 (قارن بـ J.CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1965، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، صفحة 79، رقم 2). أضف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1994، النشرة المدنية، IV، رقم 34، صفحة 26؛ فهرس Defrénois، 1994، صفحة 792، رقم 59، ملاحظة Ph. DELEBECQUE؛ نشرة Joly 1994، صفحة 373، ملاحظة P. LE CANNU: ضامن موافقة الغير لا يملك صلاحية إلزام الغير غير المجبر إلاّ بما يقبل التعهد به ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 تموز 1992، النشرة المدنية1، رقم 232، صفحة 154: الغير الذي ضمن أحد الأشخاص موافقته، بكونه غير ممثَّل في العقد، لا يمكن أن يطبق عليه البند التحكيمي المدخل في العقد.

(3) انظر J. BOULANGER, La promesse de forte - fort et les contrats pour autrui، أطروحة في كان، 1933.

(4) G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations، الطبعة الثانية، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، صفحة 293، رقم 277 ـ E. FORTIS، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V ضمان موافقة الغير (1994)، رقم 8 ورقم 13.

مادية. بيد أن تعهد مدرب ملاكمة بإشراك أحد تلاميذه في إحدى المباريات[1] يبدو أنه يفترض عقداً بين هذا التلميذ ومنظم المباراة. كما أن امتناع مالك مال باعه شخص آخر عن الادعاء على هذا الشخص[2] قريب من المصادقة التي هي عمل قانوني. وعلى سبيل المثال يتجاوز الوكيل السلطات المعطاة له كي لا تفوت عليه فرصة قضية مربحة لموكله.

ويفترض تدخل ضامن موافقة الغير، عملياً، علاقات شخصية أو عائلية أو صداقة أو أعمال[3] تسمح له بالاعتقاد أنه سيحصل على مصادقة الغير. ولضامن موافقة الغير، في أغلب الأحيان، مصلحة شخصية في إبرام العقد[4].

وهكذا، من أجل تحقيق بيع عقار شائع، إذا كان أحد الشركاء في الملكية غائباً أو قاصراً، يضمن الشركاء الآخرون المصادقة اللاحقة. كما أن مؤسسي شركة، قبل تكوينها النهائي، يضمنون موافقة أجهزتها المعينة لاحقاً على العقود المبرمة فوراً مع الغير لحساب هذه الشركة.

إن إوالية كهذه ملائمة طالما أنها تتيح تجاوز العقبة التي يشكلها غياب أحد الفريقين أو لاأهليته. غير أن لذلك بعض الخطر. فضامن موافقة الغير، في رغبته في القيام بعملية تهمة، يتعهد أحياناً بخفة. ويخشى الفريق الثاني من ناحيته، إذا لم يتم الحصول على المصادقة الموعودة، أن لا يعوض عليه إلاّ بثمن إجراء يجعله يأسف على الاختصار الوهمي المنشود عبر الوعد بضمان موافقة الغير.

586 ـ يمكن، في سير الوعد بضمان موافقة الغير، تمييز مرحلة استباق سنرى أنها سبق أن أنتجت بعض المفاعيل القانونية. ومرحلة الاستباق هذه تتقدم على قرار الغير الذي تتوقف عليه النتائج النهائية. وسنتفحص إذاً على التوالي مرحلة الاستباق وقرار الغير.

---

(1) حكم محكمة استئناف Douai، 3 كانون الأول 1912، S.1912، 2، صفحة 217، تعليق J. A. ROUX.

(2) حكم محكمة استئناف ريوم، 22 حزيران 1836 بناء على عريضة 2 كانون الثاني 1838، الاجتهاد العام، البيع، رقم 1873، والموجبات، رقم 264.

(3) انظر حول استخدام الوعد بضمان موافقة الغير، ـ M. VÉRICEL, Désuétude ou actualité de la Promesse de porte-fort، D.1988، صفحة 124 وما يليها من العرض. وكذلك G. TILLEMENT, promesse de porte -fort et droit des sociétés، المجلة الاجتماعية 1993، صفحة 51 وما يليها، ولا سيما رقم 8 وما يليه (حول الاستخدام المتواتر للوعد بضمان موافقة الغير داخل الشركات) ـ Ph. SIMLER, les solutions de substitution au cautionnement، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، I، 3427، رقم 12 وما يليه (حول دور الأمن الشخصي الذي يمكن أن يقوم به الوعد بضمان موافقة الغير) ـ F. DELBARRE et C. LAVABRE Centrales d'achat et de services: référencement et déréfrencement، D.S.1985، صفحة 165 وما يليها من العرض، ولاسيما A-I (حول إقدام مراكز الشراء بضمان موافقة فروعها بالنسبة إلى الإجمالية (استناداً إلى عيّنة) في شأن المنتجات).

(4) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 آذار 1971، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 92؛ محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1970، D.1970، صفحة 676، تعليق M. TROCHU، بالنسبة إلى استخدام وعد بضمان موافقة الغير استباقاً للتمويل عن طريق البيع في صورة إيجار.

الفقرة 1 ـ مرحلة الاستباق

587 ـ هدف العملية تحقيق عقد صحيح وقابل للتنفيذ، باستبدال إرادة ضامن موافقة الغير على مسؤوليته الشخصية بإرادة أحد الفريقين، غير المعبر عنها بحسب تعريفها، والتنسيق بين العقد الأصلي والوعد بضمان موافقة الغير يتيح هكذا التدخل في ذمة الغير المالية.

I ـ إبرام العقد الأصلي والوعد بضمان موافقة الغير

588 ـ يتعهد ضامن موافقة الغير شخصياً بتأمين مصادقة الشخص الذي ضمن موافقته.

للعقد، منذ إبرامه، موضوع وسبب. إنه يشكل تماماً توافق الإرادات، يقوم فيه رضا ضامن موافقة الغير مقام رضا الغير الذي يمثله. وإرادة الممثِّل، لعدم وجود السلطة، لا تربط الممثَّل فوراً. إن العقد موجود وهو صحيح، بيد أنه غير كامل، ولا يمكن أن يجعل الغير مديناً طالما أن هذا الغير لم يصادق عليه[1].

وتنجم صحة العملية عن الأحكام الصريحة للمادة 1120 من القانون المدني[2]، ويقبلها اجتهاد مستقر فضلاً عن ذلك.

على أن الحل يجب بيان فروقاته الدقيقة عندما يرتدي العقد شكلاً رسمياً. فالمادة 1394 من القانون المدني كما نتجت عن قانون 13 تموز 1963 كرست اجتهاداً مستقراً يحكم ببطلان عقود الزواج التي يضمن فيها الوالدان موافقة أحد الزوجين الغائب. ولا يمكن

---

(1) G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 232، رقم 618 ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 كانون الثاني 1994، المذكور سابقاً ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 25 أيار 1976، النشرة المدنية، III، رقم 229، صفحة 177.

(2) على أنه يقتضي استبقاء الفرضيات التي يخالف الوعد فيها قاعدة قانونية آمرة. وهكذا حكمت محكمة النقض بأنه ينجم عن المادة 215، الفقرة 3، من القانون المدني أن أحد الزوجين ليس في وسعه ضمان رضا الفريق الآخر بالنسبة إلى بيع مسكن الأسرة (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 315، صفحة 210؛ D. 1990، صفحة 310، تعليق R. LE GUIDEC؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة، II، 21549، ملاحظة E. M. HENRY؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1990، الطبعة N، II، 261، ملاحظة G. VENANDET، Defrénois 1989، البند 34633، صفحة 1420، ملاحظة G. CHAMPENOIS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1991، صفحة 387، رقم 2، ملاحظة B. VAREILLE). كما أنها أخذت، على أساس المادة 1427 من القانون المدني، ببطلان وعد بضمان موافقة الغير بالتبعية لوعد بتسوية بيع عقده أحد الزوجين، عندما يتناول هذا العقد أموالاً مشتركة بين الزوجين (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى، 15 تموز 1993، النشرة المدنية I، رقم 255، صفحة 176). قارن بـ A. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً، ولاسيما رقم 23 وما يليه، الذي يحلل صحة الوعد بضمان موافقة الغير بالنسبة إلى تحظير اتفاقيات التصويت والعزل الحر لمديري الشركات. انظر أيضاً المادة 933 من القانون المدني، والمادة 211 ـ L.15 من قانون التأمين.

أن يضفي بند ضمان موافقة الغير الصادر عن الغير، في الهبات بقسمة التركة، الصحة على العقد[1]. وبالمقابل عندما يصدر الشرط عن الواهب أو الشركاء في القسمة عديمي الأهلية فهو يكفي لجعل الهبة بقسمة التركة غير قابلة للرجوع عنها[2]. ويقبل الاجتهاد أخيراً صحة تكوين الرهن العقاري الذي يجريه ضامن موافقة الغير[3].

على أن المسألة تطرح لمعرفة ما إذا كانت العقود لصالح الغير هي، بصورة عامة، صحيحة أو ما إذا لم تكن كذلك إلاّ أن تقترن بوعد بضمان موافقة الغير.

لا يبدو أن المادة 1120 من القانون المدني تنص على استثناء على منع الوعود لصالح الغير إلاّ أن يكون ثمة بند ضمان موافقة الغير. غير أن المادة 1119 من القانون المدني إذا نظرنا إليها عن كثب، نرى أنها تمنع فقط إلزام الغير باسم من صدر عنه الالزام. وهي لا تمنع إلزام الغير بالعمل لحسابه. وبتعبير آخر لا تشكل عقبة أمام أن يكون الغير ملزماً عن طريق التمثيل، وذلك بدون التمييز حسب أن يكون الممثِّل مزوداً بالسلطة أم لا. والمادة 1998 تقبل، فضلاً عن ذلك، تقبل صحة عملية كهذه عندما يتجاوز الوكيل السلطة التي أعطيت له. ولا يكون الموكل ملزماً، في هذه الحالة، إلاّ بمقدار ما يصادق على ما قام به الوكيل. والعملية صحيحة شرط مراعاة هذا التحفظ المهم.

والفريق الآخر، عملياً، لن يقبل اعتيادياً تدخل ممثِّل بدون سلطة إلاّ أن يكون هذا الممثِّل ضامناً موافقة الغير، أي أن يتعهد شخصياً بتأمين مصادقة الممثَّل. بيد أن تعهداً شخصياً كهذا ليس، من حيث المبدأ، ضرورياً لصحة العقد المبرم لحساب الغير وبدون سلطة.

وتقود هذه الملاحظة إلى استبعاد الفرضية التي يتضمن التعهد باسم الغير بمقتضاها بالضرورة وعداً بضمان موافقة الغير، وإلاّ لن تكون له أيّ فعالية[4]، وفعالية العقد في الحقيقة، في غياب ضامن موافقة الغير، تتوقف كلياً على مصادقة الغير[5]. على أنه لا يمكن القول، ولو لم يكن ذلك إلاّ بسبب المفعول الرجعي لهذه الفعالية، إن عقد كهذا مجرد من أيّ فعالية.

---

(1) حكم غرفة العرائض، 15 تموز 1889، S.89، 1، صفحة 412.

(2) انظر النقض المدني، 21 حزيران 1893، D.P.94، 1، صفحة 201، تعليق M. PLANIOL؛ S.94، صفحة 17، تعليق A. TISSIER.

(3) انظر حكم غرفة العرائض، 3 آب 1859، D.P.59، 1، صفحة 419 ـ النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، D.P.76، 1، صفحة 97، تعليق E. GARSONNET.

(4) R. SALEILLES, Essai sur la théorie générale de l'obligation منشورات Pichon، الطبعة الثانية، 1901، رقم 152، صفحة 163 وصفحة 164. انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1926، S.1928، 1، صفحة 273، تعليق H. VIALLETON؛ D.P. 1930، 1، صفحة 30، تعليق H. LALOU، قبول هبة بقسمة التركة من قبل الواهبين باسم ابنتهما يفسر كوعد بضمان موافقة الغير.

(5) حكم غرفة العرائض، 9 تشرين الثاني 1854، D.54، 5، صفحة 514.

ولا يخضع الوعد بضمان موافقة الغير لأي شكل خاص حتى أنه يمكن أن يكون ضمنياً[1]. غير أنه من الضروري التحقق من تعهد شخصي لمن يضمن موافقة الغير[2].

II ـ التدخل في ذمة الغير

589 ـ يتحلل الوعد بضمان موافقة الغير كتمثيل بدون سلطة تتوقف فعاليته على مصادقة الممثَّل.

إذا كان التعهد يفترض نشاط الغير أو امتناعه فلا يمكن إدراك أي تنفيذ قبل المصادقة. وتنفيذ الغير يساوي المصادقة طبيعياً.

على أن المسألة تبدو مختلفة عندما يتناول موجب ضمان موافقة الغير حقاً عينياً يتم نقله، إلى ملكية أو تمتع، باسم حائزه.

وينفذ العقد في الممارسة بدون انتظار مصادقة الممثَّل. وإذا تعلق الأمر بعقار مثلاً فإن الشاري يحوزه وتتحقق علنية النقل[3]. ولا شك في أن الغير الذي بقي مالكاً العقار، بإمكانه المقاضاة للاسترداد[4]. غير أنه لا يمكن المنازعة في أن العقد أنتج بعض المفاعيل في ذمته المالية، مع أنه لم يصدر عنه أي تعهد ولم يعط ضامن موافقة الغير أي سلطة للتعهد باسمه.

ويتعذر البحث عن التفسير إلاّ في فكرة التمثيل. فالغير فريق لأنه ممثَّل. بيد أن فعالية

---

(1) انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1926، المذكور آنفاً.

(2) انظر في هذا الاتجاه G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، صفحة 292، رقم 276 ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 484، صفحة 373، التعليق I. ـ E. GAUDEMET, Théorie générale des obligations، منشورات Sirey، 1937، صفحة 237 ـ E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 11 ـ R. SAVATIER, La clause de porte - fort dans la pratique contemporaine، الفهرس العام للكتابة العدل، 1928، البند 21592، رقم 5 ـ حكم محكمة استئناف باريس، 17 تشرين الأول 1968، D.1969، صفحة 65 من الموجز؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1969، صفحة 562، رقم 10، ملاحظة Y. LOVSSOUARN ـ حكم محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1870، D.1970، صفحة 676، تعليق M. TROCHU ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، المذكور آنفاً، وكذلك حول صعوبة تمييز هذا التعهد الشخصي في مادة الشركات، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1988، نشرة Joly، 1988، صفحة 863، ملاحظة P. LE CANNU (بناء على طعن ضد حكم محكمة استئناف باريس، 15 كانون الثاني 1987، نشرة Joly، 1987، صفحة 101، ملاحظة P..LE CANNU؛ فهرس Defrénois 1987، صفحة 624، رقم 6، ملاحظة J. HONORAT).

(3) انظر E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 29، الذي يبين أن المصادقة حسب الاجتهاد لا تحتاج إلى أن تكون موضوع علنية إضافية (النقض المدني، 4 آذار 1891، D.P.91، 1، صفحة 313، في شأن بيع عقار. ـ حكم غرفة العرائض، 3 آب 1859، D.P.59، 1، صفحة 419 ـ النقض المدني، 13 كانون الأول 1875، المذكور سابقاً)، مما يستدعي أن تكون العلنية العقارية قد جرت قبل المصادقة.

(4) النقض المدني، 28 شباط 1894، S.96، 1، صفحة 209، تعليق Ch. LYON CAEN ـ G.RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 232، رقم 618.

التمثيل، لغياب سلطة التمثيل، تتوقف على المصادقة بعديّاً. على أن كل شيء يجري، بانتظار هذه المصادقة التي ليست سوى احتمالية، كما لو أن الغير كان فريقاً في العقد. فيتم، بسبب العجلة، استباق رضا يُحكم بأن الحصول عليه يستغرق وقتاً طويلاً جداً، ويجعل التصرف كما لو أن هذا الرضا قد أعطي.

إن تدخلاً كهذا، بدون وكالة، في ذمة الغير المالية، يحمل على التفكير بالطبع في الفضول. غير أنه جرى بيان أن الفضول السويّ ليس له دور في هذا الوضع. فالفضول لا يفرض موجباً على صاحب العمل، أي على حائز الذمة المالية التي تتم العملية فيها، إلاّ بمقدار منفعة العمل الفضولي. والفضول، علاوة على ذلك، لا يسمح للفضولي المجرد من السلطة بتعديل تكوين ذمة صاحب العمل المالية. والحال أن ذلك هو الموضوع الذي يتناوله اعتيادياً الوعد بضمان موافقة الغير[1].

ولا يمكن بالتالي أن نجد تفسير الوعد بضمان موافقة الغير إلاّ في أحكام المادة 1998 من القانون المدني. وهذا النص يحوي صراحة أن الموكل لا يمكن أن يلزم بما أقدم عليه الوكيل باسمه، عند تجاوز السلطة التي أعطيت له، إلاّ بمقدار ما صادق عليه. وضامن موافقة الغير، بسبب الروابط مع الغير عملياً، يمكن أن يماثل بالوكيل. وكما الوكيل الذي يتجاوز حد سلطاته، يقدم ضامن موافقة الغير نفسه كممثّل فرضي أو شرطي[2].

يبقى أن استباقاً كهذا لتخويل السلطة التي تتوقف على إرادة الغير خطر دائماً وينبغي عدم اللجوء إليه إلاّ بحذر وليس لمجرد أسباب ملاءمة[3]. إن مصير العقد أخيراً، وفي الواقع، يتوقف كلياً على قرار الغير.

الفقرة 2 ـ قرار الغير

590 ـ الغير حر مبدئياً في المصادقة على التعهد المتخذ باسمه أو عدم المصادقة.

I ـ المصادقة على التعهد

591 ـ يؤيد الغير بالمصادقة مبادرة من مثّله بدون سلطة. إنه يبدي، من جانب

---

(1) انظر J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 113، رقم 4.

(2) انظر J. BOULANGER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10، صفحة 23 وصفحة 24 ـ G. RIPERT et J. ROULANGER, Traité de droit civil، الجزء II، منشورات L. G.D.J، 1957، الجزء II، صفحة 233، رقم 619.

(3) انظر حول مسؤولية الكاتب العدل الشخصية الذي يقدّم مساعدته في عقد مع ضمان موافقة الغير: حكم محكمة استئناف بواتييه، 13 تشرين الثاني 1934، D.P. 1935، 2، صفحة 6، تعليق R. SAVATIER ـ حكم محكمة استئناف باريس، 6 آذار 1951، D.1951، صفحة 215.

واحد، إرادته في امتلاك نتائج العقد المبرم لحسابه[1].

وغالباً ما تكون المصادقة صريحة، ويمكن أن تكون ضمنية، وتنتج عن أي عقد يستوجب بصورة أكيدة الموافقة على إرادة ضامن موافقة الغير[2].

ويجدر تحديد مفاعيل المصادقة وطبيعتها القانونية.

أ ـ مفاعيل المصادقة:

592 ـ تنتج المصادقة مفاعيل حاسمة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير وإلى العقد الأصلي.

593 ـ مفاعيل المصادقة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير.

عندما تتم المصادقة على العقد الأصلي يكون موجب ضامن موافقة الغير قد جرى تنفيذه، ويكون محرراً بالتالي من موجبه[3].

وينبغي، فضلاً عن ذلك، التفريق بين وضع ضامن موافقة الغير ووضع الكفيل. فالكفيل يتعهد بالتنفيذ مكان المدين الأصلي عندما لا ينفذ موجبه. وضامن موافقة الغير يتعهد فقط بأن يضطلع الغير بموجب محدد[4]. وهو لا يعد بأن التعهد المتخذ سوف ينفذ. وهكذا ما أن تتم المصادقة حتى يصبح ضامن موافقة الغير محرراً[5].

---

(1) انظر حول الطابع الأحادي الجانب للمصادقة حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 7 آذار 1978، D.1979، صفحة 395 من التقرير ـ النقض المدني، 27 آب 1833، S.33، 1، صفحة 673.

(2) انظر على سبيل المثال بيع الممثَّل عقاراً خصص له في قسمة مع وعد بضمان موافقة الغير: حكم غرفة العرائض، 4 أيار 1858، D.58، 1، صفحة 254 ـ 1 نيسان 1868، D.69، 1، صفحة 373. وكذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تموز 1986، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 306، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE ـ حكم غرفة العرائض، 4 نيسان 1875، D.76، 1، صفحة 380 ـ 12 شباط 1873، D.73، 1، صفحة 413؛ S.73، 1، صفحة 457. قارن بـ: حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية III، رقم 339، صفحة 260، بيان أن نظام الدفعات على الحساب حسب كيفيات مختلفة عن الاتفاق المعقود بين ضامن موافقة الغير وشريكه في التعاقد لا يساوي مصادقة.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1979، المذكور آنفاً. يكون متحرراً أيضاً عندما يتخلى المستفيد من الوعد عن ادعاءاته تجاه الغير، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 99، صفحة 101؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 308، رقم 2، ملاحظة J. MESTRE.

(4) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تموز 1986 المذكور آنفاً، استنتاج أن ضامن موافقة الغير لا يمكن أن يكون ملزماً بالتسديد الكامل لمبلغ القرض في حين أن الغير صادق على الوعد ولا يوحدهما أي تضامن.

(5) Ph SIMLER, Cautionnement et garanties autonomes، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1991، رقم 35، صفحة 33. بإمكان الشخص نفسه الجمع بين صفة ضامن موافقة الغير وصفة الكفيل اللتين تقوم كل منهما بدورها على التوالي (انظر حكم محكمة استئناف باريس، 9 كانون الثاني 1933، S.1933، 2، صفحة ـ

ويقتضي كذلك التفريق بين الوعد بضمان موافقة الغير وكتاب طلب المساعدة أو النية (كتاب مرادف في الغالب الكتاب طلب المساعدة). والعملية سهلة عندما لا يحوي هذا الكتاب أي تعهد قانوني أو، على العكس، يتبين أنه كفالة حقيقية. ويمكن أن يكون الأمر خلاف ذلك عندما يتعهد واضع مثل هذا الكتاب وإنما بدون تحديد أنه يحل مكان المدين المتخلف. فهل يمكن اعتبار موجب الفعل الذي يتعاقد عليه وعداً بضمان موافقة الغير؟[1]. يتوقف الجواب على هذا السؤال بالتأكيد على التعابير المستخدمة في الكتاب. بيد أنه يبدو من الممكن طبيعياً رفض مماثلة الإواليتين. إن محرر الكتاب يتعهد بالفعل على وجه العموم «بفعل ما في وسعه» أو «بذل جهوده» أو «وإعمال كل شيء» لكي ينفذ المدين موجبه، ذلك بأن هذا التنفيذ الفعلي هو الذي يهم الدائن في المقام الأول. وينبغي بالتالي تفريقه عن ضامن موافقة الغير الذي بطبيعته، يعد فقط بأن يوافق الغير على الالتزام وليس على تنفيذ موجبه، وبتعابير أخرى، إذا تعاقد كلاهما على موجب نتيجة[2] فإن موضوع تعهدهما متميز مما يمنع الخلط بينهما.

594 ـ مفاعيل المصادقة بالنسبة إلى العقد الأصلي.

تجعل المصادقة الغير مديناً بالتعهد الذي اتخذه ضامن موافقة الغير باسمه. والغير الذي أعطى هذا الضامن السلطة التي لم تكن له يأخذ الإدارة على عاتقه ويصبح فريقاً في العقد.

ويعطي اجتهاد مستقر[3] المصادقة مفعولاً رجعياً. ويجري كل شيء كما لو أن الممثّل

= 136). والتفريق لا يتم دائماً بشكل واضح في الممارسة العقدية وعلى المحاكم تفسير البند لمعرفة ما إذا كان ضامن موافقة الغير توخي، فضلاً عن ذلك، ضمان تنفيذ العقد، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1978 المذكور سابقاً. ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة ـ 14 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 16، صفحة 13. ـ قارن حكم الغرفة المدنية 7 تشرين الأول 1964، النشرة المدنية، I، رقم 433، صفحة 335؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 808، رقم 2، ملاحظة J. CHEVALLIER.

(1) انظر في هذا الاتجاه E. FORTIS، المقالة المذكورة آنفاً، رقم 10 ـ G. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 25 ـ Ph. SIMLER, Les solutions de substitution au cautionnement، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، I، 3427، رقم 12 وما يليه.

(2) انظر في صدد كتاب المساعدة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 تشرين الأول 1990، نشرة Joly، 1991، صفحة 403، ملاحظة M. JEANTIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة G، II، 21684، تعليق Ch. LARROUMET ـ 21 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 281، صفحة 210؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، II، 21113، طلبات MONTANIER؛ D.S.1989، صفحة 112، تعليق J-P. BRILL؛ المجلة الاجتماعية، 1988، صفحة 398، تعليق H. SYNVET. انظر في شأن الوعد بضمان موافقة الغير الرقم 599 اللاحق.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 20 كانون الأول 1971، النشرة المدنية، III، رقم 653، صفحة 467؛ D. 1972، صفحة 86 من الموجز ـ 8 تموز 1964، النشرة المدنية، III، رقم 382، صفحة 297؛ D. 1964، صفحة 560؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 112، رقم 4، ملاحظة J. CHEVALLIER، وصفحة 147، رقم 4، ملاحظة G. CORNU ـ النقض المدني، 30 كانون الثاني =

كانت له السلطة أصلاً في العمل باسم الغير الذي يلتزم اعتباراً من إبرام العقد الذي تتوطد مفاعيله نهائياً[1].

ب ـ الطبيعة القانونية للمصادقة.

595 ـ تقارن المصادقة أحياناً بإقرار عقد مصاب بالبطلان النسبي بيد أنه يجدر التساؤل عما إذا كانت تشكل استثناء لمبدإ المفعول النسبي للعقد.

596 ـ المصادقة وإقرار عقد باطل.

ثمة مماثلة للمصادقة بإقرار عقد باطل تشجع عليها صيغة المادة 1338 من القانون المدني[2]، تم الأخذ بها. واستنتج بعض المؤلفين من ذلك أن المصادقة والإقرار ليس لهما مفعول رجعي تجاه الغير[3].

على أنه يبدو، في أي عرضية كانت، أن الإقرار ليس مجرد رجوع الغير عن حقه في الطعن في العقد. إن الأمر يتعلق بالأحرى بإصلاح، أو بتعبير أدق بتسوية إرادية لها مفعولها تجاه الجميع. فالمصادقة تعيد بالفعل إلى العقد الركن الأساسي الذي لم يكن متوفراً، أي رضا أحد الفريقين.

= 1957، D.1957، صفحة 182؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 682، رقم 4، ملاحظة H. et L.MAZEAUD، 22 كانون الثاني 1896، D.92، 1، صفحة 476 ـ 4 آذار 1891، D.P.1891، 1، صفحة 313 ـ 13 كانون الأول 1875، D.P.76، صفحة 97 ـ حكم غرفة العرائض 3 آب 1859، D.P.59، 1، صفحة 419.

(1) قبلت محكمة النقض، في حكم بتاريخ 8 تموز 1964 المذكور سابقاً، نتيجة فريدة إلى حد ما للمفعول الرجعي للمصادقة، كان مستشار قانوني قد باع عقار عديم الأهلية الذي وضع إلى جانبه وضمن مصادقة الغير على هذا البيع من المالك. وكان هذا المالك قد صادق فعلاً على هذا البيع وطلب في الوقت عينه الفسخ لعلة الغبن. إلا أنه مرّ أكثر من سنتين بين البيع الذي أجراه ضامن موافقة الغير والمصادقة، بحيث أن محكمة النقض رأت بأن دعوى الفسخ، بموجب المفعول الرجعي للمصادقة، قد مر الزمن عليها. وبالفعل لأن المهلة بدأت في السريان بتاريخ البيع فقد انقضت بتاريخ المصادقة. وكان هذا الحل موضع انتقاد بشدة من قبل السيد Cornu الذي لاحظ أن المصادقة على البيع الذي أجراه المستشار القانوني خارج سلطاته غطى تجاوز السلطة وليس الغبن. ومن الملفت، فضلاً عن ذلك، أن نرى عملاً، هو المصادقة، وللسبب عينه، «يولّد دعوى ويزيلها بإرجاع نقطة انطلاق التقادم إلى الوراء وهمياً». وبالفعل لا يستطيع المالك المقاضاة للفسخ ما دام أنه لم يصادق على البيع، لأنه ليست له صفة المقاضاة لأنه ليس بائعاً. إلاّ أنه ما إن يصادق على البيع، وبالمفعول الرجعي للتصديق، تكون دعواه بطلب الفسخ قد مر عليها الزمن. فالعمل نفسه إذاً أنشأ دعوى الفسخ وأزالها في الوقت عينه.

(2) «عمل تأكيد بموجب أو المصادقة عليه».

(3) Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الفقرة 343 ثلاثاً، صفحة 450 . - G. BAUDRY LACATINERIE et L. BARDE، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة الثالثة، 1906، رقم 142 ـ 1، صفحة 183 ـ J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 113، رقم 4. وجرت المقارنة بصورة أدق بين البيع الذي يجريه غير المالك بالوعد بضمان موافقة الغير ببيع شيء يخص الغير. وهذا البيع لا يعاقب إلاّ بالبطلان النسبي ويمكن أن يكون موضوع إقرار تكون مفاعيله ذات مفاعيل المصادقة.

بيد أن هذه المقارنة حتى المحددة على هذا النحو غير مقبولة. فالبطلان يعاقب الشذوذ في تكوين العقد. والحال أن المادة 1120 من القانون المدني تجيز صراحة الوعد بضمان موافقة الغير. والعقد المبرم باستخدام هذه الوسيلة متوافق مع القانون. ولا ينقصه سوى ركن جوهري: رضا الفريق الآخر[1]. فالمصادقة التي بموجبها يأخذ الغير على عاتقه إدارة ضامن موافقة الغير هي بديلة عن الإرادة غير الفعالة لضامن موافقة الغير، إرادة الممثَّل، وتجعل العقد هكذا تاماً.

597 ـ المصادقة والمفعول النسبي للعقود.

ثمة توافق على قبول أن الغير لا يلتزم إلاّ بمصادقته على العقد. وفي السابق لم يكن يتوجب أي شيء. فضامن موافقة الغير ملزم وحده بالحصول على هذه المصادقة. وجرى الاستنتاج من ذلك أن المادة 1120 من القانون المدني صيغتها مشوبة بالعيب إذ قدمت الوعد بضمان موافقة الغير كاستثناء لمبدإ المفعول النسبي للعقود[2].

من الصحيح في الواقع أن العقد في النهاية لا يمكن أن يجعل الغير مديناً بدون موافقته. وبهذا المعنى ليس ثمة اعتداء على المفعول النسبي للاتفاقيات.

على أن صحة هذا الطرح، إذا أخذنا في الحسبان عامل الزمن، تتلاشى على وجه الخصوص. إن الوعد بضمان موافقة الغير يتيح، عملياً، استباق رضا الغير المحسوب، الغائب أو عديم الأهلية. ينبغي إذاً، لكي تقوم الإوالية بدورها كاملاً، أن يكون للعقد الأصلي بعض المفعول، تجاه الغير نفسه، قبل المصادقة، وإلاّ لن يكون هناك سوى نوع من العقد التمهيدي يحدد رضا الفريق الآخر حتى المصادقة، ولن يكون في ذلك مصلحة للفريق الآخر، إلاّ في النادر.

وندرك في هذه الأحوال أن الاجتهاد اعترف بالمفعول النسبي للعقود طالما أن الغير يرى فعالية رضاه سابقة لتاريخ إبرام العقد[3]. ومن الصحيح مع ذلك أنه وافق عليه.

بيد أنه لا بد من الملاحظة أيضاً ان المفعول الرجعي للمصادقة يمكن أن يكون في شكل شرط فاسخ أو شرط معلق (أو موقف). فيكون من الأكثر توافقاً مع المفعول النسبي للاتفاقيات اعتبار أن العقد لا يمكن أن يكون له أي مفعول تجاه الغير حتى يوافق عليه. على

---

(1) يفترق البيع مع وعد بضمان موافقة الغير عن بيع شيء يخص الغير في أن هذا البيع الأخير يعمل البائع فيه لحسابه الخاص ويلتزم شخصياً بتنفيذ العقد. هناك إذاً تبادل رضا حقيقي.

(2) انظر على وجه الخصوص E.GAUDEMET, Théorie générale des obligations، منشورات Sirey، 1937، صفحة 236.

(3) انظر J. CARBONNIER, Droit civil، الجزء IV، الموجبات، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 123، صفحة 241 ـ J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تموز 1964، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1965، صفحة 113، رقم 4 ـ F. TERPRÉ, Ph, SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 485، صفحة 375.

أنه يبدو أن العقد هو في الحقيقة فعّال عدا إمكانية الغير في «رفض هذا التعهد»[1]. وهذا الحل ضروري، عملياً، لإعطاء الوعد بضمان موافقة الغير فعاليته التامة. ولا شك في أن الفريقين لهما مصلحة في الإبرام الفوري للعقد. وإنما يتوخيان في أغلب الأحيان أكثر من ذلك. إنهما يتوخيان أن ينفذ بدون انتظار مصادقة يمكن أن لا تحصل إلاّ بعد مهلة طويلة لم يكونا، بحسب التعريف، قد أراداها.

والخطر يكمن هنا في الوعد بضمان موافقة الغير. فموقّعاً العقد يتصرفان بين بعضهما، وتجاه الغير، كما لو أن العقد كان تاماً، في حين أن رفض مصادقة الغير يمكن أن يعيد النظر في كل شيء وبصورة رجعية. كل شيء يجري كما لو أن مصير العقد كان خاضعاً لشرط فاسخ إرادي صرف.

II ـ عدم المصادقة على التعهد

598 ـ يمكن أن يكون رفض الغير صريحاً أو ناتجاً عن عمل إبداء إرادة في اعتبار العقد كأنه لم يكن، كدعوى الاسترداد التي تقام ضد مكتسب الملكية الحائز. وإذا تأخر الغير في اتخاذ قراره يمكن توجيه إنذار إليه[2].

ومصادقة الغير يمكن أن تصبح مستحيلة، كوفاته مثلاً بدون ورثة قاصرين.

ولعدم المصادقة مفاعيل مهمة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير وإلى العقد الأصلي.

599 ـ مفاعيل عدم المصادقة بالنسبة إلى ضامن موافقة الغير.

على ضامن موافقة الغير، وفقاً للمادة 1120 من القانون المدني، التعويض على الفريق الآخر إذا رفض الغير المصادقة على التعهد المتخذ باسمه[3].

والأمر يتعلق بموجب نتيجة بحيث أن مهلة المصادقة تكفي لتحقق المسؤولية العقدية[4]. ويفترق الوعد بضمان موافقة الغير في ذلك عن التعهد بالمساعي الحميدة التي

---

(1) J. CHEVALLIER، المرجع عينه.

(2) انظر في هذا الاتجاه G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 235، رقم 624. وكذلك حكم غرفة العرائض، 6 كانون الثاني 1858، D.59، 1، صفحة 561، تعليق J.-B. LABBÉ ـ حكم محكمة استئناف بورج، 15 حزيران 1841، D.47، 2، صفحة 345.

(3) النقض المدني، 10 آذار 1954، النشرة المدنية، I، رقم 91، صفحة 76 ـ 3 تشرين الثاني 1955، D.1956، صفحة 70 من الموجز ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 نيسان 1957، D.1957، صفحة 335 ـ حكم محكمة استئناف روان، 7 نيسان 1970، D.1970، صفحة 676، تعليق A. TROCHU، الذي أدان، في عقد بيع في صورة إيجار، المستأجر المستعمل الذي أجرى طلباته لمعدات تجهيز خاص بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الصانع بفعل رفض مصادقة شركة البيع في صورة إيجار التي تلقت فقط طلب تمويل.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 أيار 1976، المذكور آنفاً، وبمقتضاه يشكل عدم مصادقة المالكين على الشيوع ونتائج ذلك خطأ ضامني موافقة الغير الذي يؤدي إلى فسخ عقد البيع.

يكون الواعد قد وعد فيها فقط بعمل ما في وسعه للحصول على مصادقة الغير[1].

وتسوّغ مسؤولية ضامن موافقة الغير التعويض الاحتمالي عن العطل والضرر الذي يجب أن يحسب، تطبيقاً للمادة 1149 من القانون المدني، تبعاً للخسارة الواقعة وللربح الفائت[2] ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ الضرر المنصوص عليه أو المتوقع عند إبرام العقد[3]. ويملك قضاء الأساس مع ذلك سلطة تقدير سيدة «لتعيين العناصر الصالحة لتحديد كمية التعويض»[4].

وبالمقابل، من المقبول عموماً أن الشريك في التعاقد لا يمكنه أن يجبره على أن ينفذ بنفسه العملية التي ضمن موافقة الغير عليها بصفة تعويض عيني[5]. وهذا ما اعتمدته محكمة النقض، في نهاية المطاف، إذ حكمت بأنه ينجم عن المادة 1120 من القانون المدني «أن عدم تنفيذ الوعد بضمان موافقة الغير لا يمكن أن يعاقب إلاّ بإدانة فاعله بالعطل والضرر»[6].

وهذا التحليل المستوحى من المادة 1142 من القانون المدني[7] التي تنص على أن موجب الفعل ـ الملزم به ضامن موافقة الغير بالحصول على المصادقة على العقد ـ يُحل بالعطل والضرر في حالة عدم تنفيذ المدين متازع فيه. إن مجال هذه المادة مقلص اليوم فعلاً إلى فرضيات لموجب الفعل فيها طابع شخصي أي موجب يخشى أن يؤدي تنفيذه القسري إلى الاعتداء على الحرية المعتبرة جوهرية»[8]. وليست الحالة على هذا النحو في ما يتعلق

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 آذار 1978، المذكور سابقاً.

(2) المادة 1149 من القانون المدني. انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 نيسان 1957، D.1957، صفحة 335.

(3) المادة 1151 من القانون المدني. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1954، النشرة المدنية I، رقم 91، صفحة 76.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 شباط 1966، النشرة المدنية، I، رقم 143، صفحة 111.

(5) E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 32 ـ G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARBE، المرجع عينه، الجزء XII، رقم 143، صفحة 184 ـ Ch-BEUDANT, Cours de droit civil français، الجزء IX، الطبعة الثانية، 1953، تأليف G. LAGARDE، رقم 938 ـ M. PLANIOL et G. RILERT, Traité pratique de droit civil، الجزء VI، الطبعة الثانية، 1952، تأليف P. ESMEIN، رقم 52، صفحة 58 وصفحة 59 ـ J. BOULANGER، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71 ورقم 72.

(6) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، النشرة المدنية، I، رقم 351، صفحة 289؛ D.1976، صفحة 353، تعليق Ch. LARROUMET، مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة G، II، 18500، ملاحظة F. MONÉGER؛ فهرس Defrénois، 1976، رقم 31248، صفحة 1425، ملاحظة J-L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1976، صفحة 575، رقم 4، ملاحظة G. CORNU؛ 1977، صفحة 117، رقم 3، ملاحظة Y. LOUSSOUARN. انظر أيضاً حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 كانون الثاني 1980، النشرة المدنية IV، رقم 16، صفحة 13 وحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية I، رقم 12، صفحة 8.

(7) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة الأولى، تأليف P. ESMEIN، رقم 52، صفحة 69، (الإسناد إلى المادة 1142 غير وارد في الطبعة الثانية).

(8) المسؤولية: مفاعيلها، رقم 35، صفحة 49.

بالمصادقة على الوعد بضمان موافقة الغير، إذ على المحاكم أن تتمكن من أن تأمر، عندما يكون ذلك ممكناً، بتعويض عيني بإجبار الواعد بضمان موافقة الغير بتنفيذ العقد[1].

على أن تحليلاً أكثر عمقاً يدعو إلى التفكير في أن تعويضاً كهذا يصطدم باعتراض آخر مستخرج من طبيعة الموجب الملقى على عاتق ضامن موافقة الغير. ففي غياب المصادقة من الأكيد بالفعل أن الموجب الموعود به لن ينفذ. بيد أن الوعد المصادق عليه ليس تنفيذه أكيداً. والحكم بإدانة عينية على ضامن موافقة الغير يجبره على أن يضمن بصورة غير مباشرة هذا التنفيذ، في حين أن موضوع موجبه لا يتناول مبدئياً إلاّ المصادقة على الوعد من قبل الغير الذي عليه فقط تأمين رضاه[2].

وهكذا، باستبعاد التنفيذ القسري، يصبح من الممكن قبول أن غياب المصادقة يؤدي فقط إلى خسارة حظ بالنسبة إلى المستفيد في أن يرى الموجب منفذاً بشكل صحيح، إذ إن مقياس هذه الخسارة يتيح تحديد كمية التعويض عليه[3]. ولن يكون ثمة أي اعتراض على أن يطبق مبدأ التعويض هذا أيّا كانت طبيعة الموجب الملقى على عاتق الغير، سواء أكان موضوعه دفع مبلغ من العملة أم لا.

ومسألة معرفة ما إذا كانت لضامن موافقة الغير الإمكانية في أن يُستبدل بالغير أخيراً لتجنب دفع التعويض منازع فيها. وهي في أي حال مستبعدة عندما يكون العقد قد أبرم بالنظر إلى شخص المتعاقد معه والعقد، بصورة عامة، يمكن دائماً أن يحوي موجب ضامن موافقة الغير أو إمكانيته في أن يحل محل الغير[4].

600 ـ مفاعيل عدم المصادقة بالنسبة إلى العقد الأصلي.

ينتج غياب المصادقة مفاعيل مماثلة لمفاعيل الإبطال. والتقديمات، على وجه الخصوص، إذا كان العقد قد تم تنفيذه، يجب أن تسترد[5].

بيد أن الغير الذي لم يصادق على العقد يمكن أن يلاحق على أساس الفضول أو الإثراء غير المشروع أو بلا سبب إذا اجتمعت شروط ممارسة هاتين الدعويين.

وغالباً ما يحصل أن يكون ضامن موافقة الغير قد التزم لحساب أحد ورثته. فإذا تلقى هذا الوريث التركة وقبلها، هل يكون ملزماً بالمصادقة على التعهد؟ المسألة منازع فيها. بعض

---

(1) انظر في هذا الاتجاه Ch. DEMOLOMBE, Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الطبعة الثانية، الجزء I، رقم 224، صفحة 208.

(2) انظر M. STORCK، مصنف الاجتهاد المدني، الكراسة 7 ـ 2، البند 1120 (1992) رقم 134.

(3) انظر في هذا الاتجاه G. TILLEMENT، المقالة المذكورة سابقاً رقم 21، صفحة 67 وما يليها.

(4) انظر E. FORTIS، المقالة المذكورة آنفاً رقم 12 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 تشرين الثاني 1970، النشرة المدنية III، رقم 591، صفحة 4331. ـ حكم غرفة العرائض، 27 تموز 1903، S.1904، 1، صفحة 265، تعليق E. NAQUET.

(5) G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه الجزء II، صفحة 235، رقم 626.

المؤلفين[1] الذي يؤيده قسم من الاجتهاد يعتبر أنه لا يمكن أن يكون ملزماً إلاّ بالتعويض على الفريق الآخر، وبعضهم الآخر[2]، بدعم تيار اجتهادي آخر[3]، يرى على العكس أن الوريث ملزم بموجب الضمان الذي كان ملقى على عاتق مورثه وليس في وسعه إذاً رفض المصادقة على العقد.

وفي الواقع يمكن لصالح هذا الحل بيان أن صفة وريث ضامن موافقة الغير هي التي غالباً ما تكون حافز الفريق الآخر، ولا سيما أن هذا الوريث ملزم بموجبات المورث نفسها وليس بإمكانه أن يرفض لنفسه المصادقة التي وعد بها عبر المورث. إلاّ أنه، من جهة أخرى، لا يمكن الأخذ بأن الغير يجب أن لا يكون مرتبطاً رغماً عنه[4]. ويبدو أن محكمة النقض أخذت بوجهة النظر الأخيرة هذه، عندما حكمت بأن عدم تنفيذ الورثة الوعد الذي قطعه مورثهم لا يجبرهم إلاّ بالعطل والضرر[5]، مما يستبعد أيّ تعويض عيني[6].

على أنه يقتضي التحفظ لجهة الحالة التي يكون الوريث، فضلاً عن ذلك، ملزماً فيها بموجب الضمان. والأمر كذلك في ما يتعلق بوعد بضمان موافقة الغير المتعلق ببيع عقار يملكه المورث والوريث على الشيوع: يلزم الوريث بصفته بائعاً بموجب الضمان ضد نزع اليد بالنسبة إلى الشاري، فليس في وسعه نزع يده برفض المصادقة على الوعد بصفته غيراً[7].

---

(1) انظر Ch. LARROUMET، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور آنفاً ـ E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 ورقم 38.

(2) انظر M. POULNAIS, La transmission aux héritiers de certaines obligations، يوميات الكتابة العدل، 1991، البند 60407، ولا سيما صفحة 1093 ـ J.-L. AUBERT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً.

(3) انظر النقض المدني، 28 كانون الأول 1926، المذكور سابقاً ـ 28 حزيران 1859، D.P.59، 1، صفحة 299.

(4) E. FORTIS، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 38.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً.

(6) انظر في اتجاه التعويض العيني، Ch. BEUDANT، المرجع عينه، الجزء I، الطبعة الثانية، تأليف G. LAGARDE، رقم 939، صفحة 39 ـ G. RIPERT et J. BOULANGER، المرجع عينه، الجزء II، رقم 627، صفحة 235. انظر الرقم 599 اللاحق.

(7) النقض المدني، 28 حزيران 1859، D.P. 59، 1، صفحة 299 ـ 28 كانون الأول 1926، D.1930، 1، صفحة 73، تعليق G. PEYRAD ـ H. LALOU، تعليق على حكم محكمة استئناف ليون، 11 آذار 1980، D.1981، صفحة 617 ـ Ch. LARROUMET، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1975، المذكور سابقاً ـ Obligations، B. STARCK، 2، العقد، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et R. BOYER، رقم 1353، صفحة 565 ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y.LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 485، صفحة 374 ـ M. VÉRICEL، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 126.

القسم 3

الاشتراط لصالح الغير (أو التعاقد لمصلحة الغير)

601 ـ تعريف وتفريق بالنسبة إلى مفاهيم قريبة.

الاشتراط لصالح الغير[1] عملية ثلاثية الأشخاص[2] يتفق فيها أحد الفرقاء، المسمى مشترطاً، مع فريق ثان، يسمى واعداً، على أن يقوم هذا الفريق الثاني بتقديم ما لصالح شخص ثالث يسمى الغير المستفيد.

وهدف هذه العملية إنشاء حق لصالح شخص أجنبي عن العقد الصادر عنه هذا الحق[3]. ويظهر بذلك استثناء لمبدإ المفعول النسبي للعقود المنصوص عليه في المادة 1165 من القانون المدني وبمقتضاها: «ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين الفريقين المتعاقدين؛ وهي لا تضر بالغير على الإطلاق ولا تفيده إلاّ في الحالة المبينة في المادة 1121».

---

(1) انظر J. GHESTN, M. BILLIAU et C. JAMIN, La stipulation pour autrui, in Les effets du contrat à l'égard des tiers، حلقات دراسة القانون المقارن الفرنسي البلجيكي، منشورات L.G.D.J، 1992، صفحة 380 وما يليها ـ J. FRANÇOIS, Les opérations juridiques traingulaires attributives (stipulation pour autrui et délégation de créance)، أطروحة في باريس II، طبع على الآلة الكاتبة، 1994.

(2) انظر حول هذا المفهوم، Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في بوردو، طبع على الآلة الكاتبة، 1968، الذي يعطي التعريف التالي: «عملية ناتجة عن اتفاقية وحيدة تستبعد أي تمثيل لواحد من الأشخاص أصحاب العلاقة بواحد من الشخصين الآخرين وذلك أيضاً في آونة إبرامها وفي مفاعيلها، تفترض تعدد العلاقات القانونية بين الأشخاص الثلاثة وتشابكها، هذه هي العناصر المميزة للعملية القانونية الثلاثية الأشخاص» (رقم 11، صفحة 22)؛ انظر أيضاً رقم 138، صفحة 316.

(3) يتملك الغير المستفيد هكذا بعض مفاعيل العقد، بدون أن يكتسب أي صفة كفريق، J. CARBONNIER, Obligations، الطبعة السابعة عشرة، 1993، الفقرة 124، صفحة 242 ـ L. AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في عام 1984، منشورات Economica مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 169، صفحة 125 ورقم 179، صفحة 130. انظر أيضاً 636 اللاحق وما يليه.

وثمة إواليات أخرى لها أيضاً مفعول إنشاء حق لصالح الغير ومنها الدعوى المباشرة[1] والإنابة في الدين (له)، ومن هنا خشية الالتباس. على أن ثمة فوارق تمنع أي مماثلة.

فالتفريق عن الإنابة في الدين (له) المنصوص عليه في المادة 1275 من القانون المدني، دقيق، بداهة، بصورة خاصة. فالمُناب، كما في الاشتراط لصالح الغير، هو غير يملك حقاً جديداً ومباشراً تجاه فريق في العقد هو المُناب لديه[2]. يضاف إلى ذلك أن الإنابة والاشتراط ينشئان عقداً. والقرب بين هاتين التقنيتين هو إلى درجة غالباً ما يحمل الممارسة والمحاكم على الالتباس بينهما[3]. حتى أنه جرى الأخذ بأن الإنابة يمتصها الاشتراط لصالح الغير»[4]. فإنابة، حسب صيغة حكم قديم، «يحتويها الاشتراط لصالح الغير»[5] غير أنه ليس من الممكن جهل وجود فوارق مهمة في الأنظمة. فالإنابة، في المقام الأول، هي اتفاقية تستوجب بالضرورة الرضا الثلاثي للمنيب والمناب لديه والمناب[6]. فالمناب إذاً فريق في العقد الذي ينشىء له حقه، في حين أن رضا الغير في الاشتراط لصالحه ليس شرطاً لصحة الاشتراط الذي يتدخل فقط بين المشترط والواعد[7]. والإنابة في هذه الرؤية لا تظهر في الحقيقة كاستثناء لقاعدة المفعول النسبي للعقود. ثم إن الأمر لا يتعلق إلاّ بنتيجة المبدإ السابق، فحق المستفيد ينشأ قبل قبوله[8] بخلاف الإنابة[9]. وأضاف أحد المؤلفين أن الواعد بإمكانه أن يحتج في وجه المستفيد بأسباب تسويغ البطلان والدفوع المستخرجة من علاقاته

---

(1) انظر الرقم 739 اللاحق.

(2) انظر M. BILLIAU, La délégation de créance (essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 113 وما يليه، صفحة 116 وما يليها.

(3) انظر: H-L. J. MAZEAUD, Obligations، الطبعة الثامنة، تأليف CHABAS رقم 1251 ـ Ph. SIMLER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1271 إلى 1281، الكراسة IV، رقم 57.

(4) إنه الرأي الصادر عن Lambert في ما يتعلق بالإنابة غير التامة في La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس 1893، الفقرة 214، صفحة 233.

(5) حكم غرفة العرائض في محكمة النقض، 24 تموز 1889، 1892 2، تعليق GARSONNET.

(6) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 164، وما يليه، صفحة 166، وما يليها، حول ضرورة قبول المناب؛ رقم 92، صفحة 96 وصفحة 97، حول قبول المناب ـ HUBERT, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français، أطروحة في پواتيه، 1899، رقم 126، صفحة 92 وصفحة 93 ـ Ch. SIMLER المذكور سابقاً، رقم 79 وما يليه ـ H-L.J MAZEAUD المذكور سابقاً، رقم 1240 ورقم 1249 ـ PLANIOL et RIPERT, Traité de droit civil، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN RADOUANT et G. GABOLDE، رقم 1273، صفحة 677.

(7) انظر الرقم 619 اللاحق.

(8) انظر الرقم 619 اللاحق.

(9) H. HUBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 133، صفحة 96 ـ H-L.J. MAZEAUD المذكوران سابقاً، رقم 1251 ـ MALAURIE et AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1258، صفحة 743 ـ STARCK, Obligations، الطبعة الرابعة، 1992، المجلد VII، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 87 ـ Ph. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 58.

بالمشترط، وهذا ما ليس في وسع المناب لديه فعله[1]. وهذا التأكيد يقتضي بيان فروقاته ذلك بأنه جرى بيان أن المناب لديه بإمكانه الاحتجاج في وجه المناب بالدفوع الملازمة لحقه[2]. ولهاتين الإواليتين أخيراً وظائف مختلفة: ليس الاشتراط لصالح الغير، على عكس الإنابة، تقنية مستقلة لانقضاء الموجبات[3].

602 ـ التطور.

لم يضع القانون الروماني نظرية عامة للاشتراط لصالح الغير طالما أنه يحظرها من حيث المبدأ. والقانون القديم، الأقل صمتاً، جهد في استبعاد هذا المنع. أما القانون المدني فقد استعاد، كما يبدو، الحلول التي أعطاها Pothier ولم يُعترف بالاشتراط لصالح الغير وبتعميمه إلاّ في النصف الثاني من القرن التاسع عشر. وهكذا يتسم التطور الذي من المناسب رسمه بقبول واسع أكثر فأكثر للاشتراط لصالح الغير.

603 ـ كان القانون الروماني يحظر الاشتراط لصالح الغير.

كانت القاعدة «لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير alteri stipulari potest»، مزدوجة التسويغ[4]. فمبدأ شخصية العقود كان يتعارض مع أن يتمكن الغير من اكتساب حق بدون أن يكون هو نفسه متعاقداً[5]، من جهة أولى، وعدم فعالية الاشتراط لصالح الغير بين المشترط والواعد، من جهة ثانية، كان مسوّغاً بعدم وجود مصلحة المشترط[6] الذي لا يتلقى أي نفع بالعملة طالما أنه اشترط لصالح الغير وليس لنفسه. ولا يمكن بالتالي الاعتراف له بأي دعوى.

بيد أن «القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير» لم تكن في الحقيقة مزعجة حقاً. كان تنظيم الأسرة يقود بالفعل إلى شكل من الاشتراط لصالح الغير إلى حد كبير. فرأس الأسرة في القانون الروماني والأشخاص الموضوعون تحت سلطته، أولاد الأسرة والارقاء الخ، لم يكونوا يشكلون سوى أهل واحد للحق. ونتج عن ذلك أن الاشتراط الذي يجريه رأس الأسرة لصالح شخص خاضع له كان صحيحاً وبالعكس. وهذا التمثيل المتبادل كان مفعوله إضفاء الصحة على جميع الاشتراطات التي يقوم بها أحد أفراد الخلية العائلية لصالح آخر[7].

---

(1) Ph. SIMLER، المذكور سابقاً، رقم 59.

(2) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 296 وما يليه.

(3) Ph. SIMLER المذكور سابقاً، رقم 60 ـ M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 28، صفحة 39 وصفحة 40. وعلى نقيض ذلك DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 854، صفحة 222، والتعليقات 2 و3 و4. وكذلك الرقم 667 اللاحق وما يليه.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، 1893، القانون الروماني، الفقرة 1 وما يليها ـ FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui، أطروحة في باريس، 1950، رقم 107 وما يليه، صفحة 140 وما يليها ـ CHAMPEAU, La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893، القانون الروماني.

(5) LAMBERTالمذكور سابقاً، الفقرة 3، صفحة 4 ـ CHAMPEAU، الأطروحة السالفة الذكر، الصفحة 66 وما يليها.

(6) PETIT, Traité élémentaire de droit romain، الطبعة الخامسة، رقم 304، صفحة 313 وصفحة 314.

(7) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 4، صفحة 11 ـ PETIT، المرجع عينه ـ CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 12 وصفحة 66، ولا سيما صفحة 75 وما يليها.

يضاف إلى ذلك أن الحظر كان مخففاً جزئياً بأساليب مختلفة كان مجالها مهماً جداً عملياً.

وقد توصلت الممارسة الرومانية عن طريق شخص ثالث يسمى في العقد ويجاز للمدين أن يدفع له ما يتوجب للدائن Adjectus selutionus gratia إلى تحويل القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير، وكانت قاعدة ...adjectus في الأصل وسيلة دفع كان شخص ثالث مؤهلاً بموجبها لتلقي القديم. وكان الشخص الثالث في وضع وكيل المشترط الذي بإمكانه تلقي الدفع باسمه، وإنما ليس له فرصه[1]. على أن المشترط، حتى ولو لم يكن شخصاً ثالثاً حائز حق خاص ضد الواعد، لم تكن له إمكانية الرجوع[2]. وقواعد الوكالة وحدها كانت تلطف قابلية الرجوع هذه[3]. ومجال قاعدة الشخص الثالث كان، على ما يبدو، أكثر امتداداً من مجال مجرد نمط الدفع. ويمكن أيضاً استخدامه لتحقيق تبرع أو عقد معاوضة[4].

وكان القانون الروماني يستخدم أيضاً نظرية mandatum aliena gratia[5]. كان الأمر يتعلق بوكالة معقودة لمصلحة الغير الحاصرة بين المشترط والواعد، باعتبار الأول وكيلاً. وبخلاف المؤسسة السابقة «لا يختبىء الغير إطلاقاً خلف المشترط، كان يظهر كنجم، كالحقيقي، كالمستفيد الوحيد من العقد[6].

غير أن القانون الروماني كان يرفض دعوى التنفيذ الجبري ضد الواعد، حتى ولو كان حائز حق، بخلاف قاعدة adjectus solutionus gratia[7]. وكان المشترط فضلاً عن ذلك، بإمكانه الرجوع لاحقاً عن الوكالة من جانب واحد، إلاّ أن يقبل، بمقتضى تطور طويل، ضرورة رضا الواعد[8].

ويورد Lambert، إلى جانب هاتين الإواليتين، التسخير المستخدم لإعطاء المستفيد دعوى بإضفاء صفة المتعاقد عليه وهمياً[9].

ويستشهد مؤلفون آخرون أيضاً باستخدام البند الجزائي Stipulatio pœnœ، سلف بندنا الجزائي، كتلطيف لتحظير الاشتراط لصالح الغير[10]. كان أحد الأشخاص يتعهد تجاه

---

(1) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 23 والفقرة 24، صفحة 33 وما يليها.

(2) LAMBERT السابق الذكر، صفحة 35 وصفحة 36 ـ CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 49.

(3) LAMBERT، الفقرة 27، صفحة 36.

(4) LAMBERT المذكور سابقاً الفقرة 15 والفقرة 18، صفحة 24 وما يليها.

(5) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 30، صفحة 41.

(6) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 41، صفحة 50.

(7) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 43، رقم 51.

(8) LAMBERT المذكور سابقاً، الفقرة 46، صفحة 56.

(9) المذكور سابقاً، الفقرة 49 وما يليها، صفحة 60 وما يليها.

(10) F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Obligations، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 488، صفحة 376 ـ H.- L.J. MAZEAUD المذكوران سابقاً، رقم 770 ـ CHAMPEAU، الأطروحة الآنفة الذكر، صفحة 15 وما يليها.

شخص آخر بالقيام بالدفع لصالح شخص ثالث. وكان هذا الموجب يعاقب بعقوبة مدنية في شكل عطل وضرر يلتزم الواعد بتسديدها للمشترط إذا لم يسدد المبلغ المنصوص عليه للغير المستفيد. بيد أن الغير، بخلاف اشتراطنا لصالح الغير، لم تكن له دعوى مباشرة على الإطلاق ضد الواعد.

والتبرعات أخيراً كانت معروفة في القانون الروماني مع أعباء مفروضة على الموصى له لصالح الغير. ثم اعترف القانون الروماني، بعد أن أخذ بهذه الإوالية بدون صعوبة، بالهبة بين الأحياء مع أعباء Donatiosub modo[1]. وفي نهاية القانون الروماني تم الاعتراف للمستفيد من هذا العبء بدعوى مفيدة ضد الموهوب له الواعد[2].

ومع أن الممارسة الرومانية جهدت في تحويل القاعدة لا يستطيع أحد الاشتراط لصالح الغير، فقد بقي المبدأ بدون المساس به تقريباً[3]. ولم يحافظ عليه القانون القديم في صلابته كلها.

604 ـ بمقتضى تطور متردد كان القانون القديم يضفي الصحة على بعض الاشتراطات لصالح الغير.

كان مؤلفونا القدامى قد حافظوا على القاعدة «لا أحد يستطيع الاشتراط لصالح الغير» في الحالة التي كانت عليها في القانون الروماني. ويبدو أن ملطفات القانون الروماني أصبحت منسية في زمن أول[4]. وبطلان المبدإ بقي مبنياً على غياب مصلحة المشترط في تنفيذ الاشتراط[5]. إلاّ أنه تم، بدفع من الشارحين، قبول أن الاشتراط لصالح الغير كان صحيحاً كلما كان شرطاً للدفع الذي أجراه المشترط[6]. وكان Furgole يدرّس أيضاً إنه «يمكن بشكل صحيح الاشتراط في فرنسا لصالح الغير أو اكتساب الملكية لصالح الغير بصفة وكيل أو بدون هذه الصفة»[7]. وهكذا جرى إفراغ المبدإ الروماني من أي مدى.

---

(1) LAMBERT المذكور آنفاً، الفقرة 67 وما يليها، صفحة 82 وما يليها، والفقرة 122، صفحة 131 ـ CHAMPEAU المذكور سابقاً، صفحة 166 وما يليها.

(2) LAMBERT المذكور آنفاً، الفقرة 81 وما يليها، صفحة 95 وما يليها ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 31، صفحة 37.

(3) CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 181 وما يليها.

(4) انظر FLATET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107، صفحة 140. انظر مع ذلك H-L.J.MAZEAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد 1، رقم 771، اللذين يلاحظان ميلاً «واضحاً لاستبعاد القاعدة الرومانية، على الأقل على توسيع الاستثناءات التي سبق قبولها في روما».

(5) FLATTET، المرجع عينه ـ POTHIER، الموجبات، رقم 54.

(6) LAMBERT، المذكور سابقاً، الفقرة 238، والفقرة 239، صفحة 243 وما يليها. وكذلك H-L.J. MAZEAUD، الموجبات، رقم 771. وعلى نقيض ذلك: CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة آنفاً، القانون الفرنسي، صفحة 3 وما يليها.

(7) استشهد به DEMOGUE في Obligations، الجزء VII، رقم 761، صفحة 124.

وكان له نفوذ جزئي بتأثير Pothier[1]. فقد تبنى، مستوخياً حلول القانون الروماني، مبدأ بطلان الاشتراطات لصالح الغير الذي سوّغه بغياب مصلحة المشترط[2]. فليس الاشتراط صحيحاً إلاّ أن تكون للمشترط مصلحة نقدية وتفسح في المجال لدعوى المشترط ضد الواعد. على أن الغير المستفيد كان دائماً محروماً من الدعوى.

وكان يضفي الصحة عليه أيضاً عندما تكون شرطاً لاشتراط شخصي لصالح المشترط[3]. كانت مصلحة المشترك إذاً أكيدة. كان يكفي، كما في القانون الروماني، إضافة بند جزائي (stipulatio pœnœ) على الاشتراط الأصلي لتكون العملية شرعية. بيد أن الغير المستفيد، في عرف Pothier، لم يكن يملك دعوى مباشرة ضد الواعد.

وأخذ أخيراً باستثناء ثالث وارد في القانون الروماني. كان الاشتراط صحيحاً عندما يجري إدخاله في هبة مع أعباء (Donatiosub modo)[4]. وكان، في هذه الحالة وحسب، يعترف للغير بدعوى مباشرة ضد الواعد[5].

ويبدو أن واضعي مدوّنة القانون المدني استعادوا مذهب Pothier[6].

605 ـ تلقت مدوّنة القانون المدني حلول القانون القديم.

حسب المادة 1119 منها «لا يمكن عموماً الالتزام والاشتراط بالاسم الشخصي الخاص للذات». وقد لطّف واضعو المدونة صلابة هذا المبدإ بعد أن طرحوه، بتبني الاستثناءات التي اعترف بها Pothier.

فقد نصت المادة 1121 من المدوّنة على ما يلي: «يمكن جزئياً، الاشتراط لصالح

---

(1) انظر DEMOGUE، المرجع عينه، رقم 761 ورقم 762، صفحة 123 وصفحة 124، الذي يرى أن الأمر يتعلق بتقهقر في تطور نظرية الاشتراط لصالح الغير.

(2) Obligations، رقم 54. كان يقبل مع ذلك أن الاشتراط الباطل لغياب مصلحة المشترط يولد موجباً طبيعياً (رقم 55).

(3) Obligations، رقم 70.

(4) Obligations، رقم 71.

(5) Obligations، رقم 72.

(6) P. PLANIOL et G. RIPERT, Traité élémentaire de droit civil الجزء II، الطبعة الثالثة، 1949، بالتعاون مع BOULANGER، رقم 630، صفحة 219 ـ CHAMPEAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 16 وما يليها ـ DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 762. ويرى Lambert أن واضعي المدوّنة استعادوا مجمل حلول القانون القديم بإضفاء الصحة عموماً على الاشتراط لصالح الغير: «تضفي المادة 1121 الصحة على الاشتراط لصالح الغير» والمادة 1119 تحظر التعهد عن طريق إعلان الإرادة الأحادي الجانب» (الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 10 صفحة 10). انظر بالنسبة إلى رأي أكثر قابلية للتأويل H.-L.-J. MAZEAUD، المذكورين سابقاً واللذان يتساءلان حول مسألة معرفة ما إذا كان واضعو المدوّنة توخوا استعادة حلول Pothier والقانون القديم بلا قيد أو شرط أو أنهم عادوا إلى المفهوم الروماني الأولي.

الغير عندما يكون شرطاً لاشتراط يجري لصالح الذات أو شرطاً لهبة تُقدم إلى الآخرين. ومن قام بهذا الاشتراط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير عن إرادته في الاستفادة منه».

كان الاشتراط لصالح الغير إذاً مقبولاً فقط بصفة استثنائية. فالمادة 1165 تؤكد هذا التحليل طالما أنها تنص على أن «الاتفاقيات لا مفعول لها إلاّ بين الفريقين المتعاقدين؛ وهي لا تضر بالغير، ولا تفيدهم إلاّ في الحالة المنصوص عليها في المادة 1121». إن هذا المفهوم متّسم بالطبع بالفردانية السائدة في تلك الحقبة.

واتجه التطور اللاحق نحو التوسيع إذ إن الاستثناء امتص المبدأ تدريجاً.

606 ـ التطور اللاحق للقانون المدني متسم بالاعتراف بصحة مبدإ الاشتراط.

بقي الاشتراط إبّان النصف الأول من القرن التاسع عشر غائباً عن الحكام تقريباً[1]. ولم يتح للاجتهاد النظر في المسائل المتعلقة بالاشتراط إلا نحو عام 1860[2]، فأنتج عملاً خلاّقاً إذ أضفى الصحة بصورة شبه منهجية على جميع الاشتراطات لصالح الغير ولم يفرض إطلاقاً أن تكون تابعة لاشتراط أصلي. وكان التأمين على الحياة محرك هذا التطور[3].

ففي حكم مبدئي صدر في 16 كانون الثاني 1888[4]، حكمت محكمة النقض «بأن الإفادة من التأمين يمكن، من جهة أولى، في بعض الاحتمالات، أن تعود إلى المشترط، وأن الفائدة المعنوية الناتجة عن المنافع المعطاة لأشخاص معينين تكفي، علاوة على ذلك، لتكوين مصلحة شخصية في العقد، أن المشترط، من جهة ثانية، يلتزم بأن يسدد لشركة التأمين علاوات سنوية، بحيث أنه من المستحيل، في أي وجهة نظر تم اعتمادها، الأخذ بأن المشترط لا يشترط لنفسه، وبالتالي فإن المادة 1121 ليست مطبقة»[5].

يكفي إذاً أن يكون للمشترط مصلحة في العملية، ولا أهمية تذكر للمصلحة المادية[6]

---

(1) انظر P. PLANIOL et G. RIPERT, Traité élémentaire de droit civil، الجزء II، الطبعة الثالثة، 1949، بالتعاون مع J. BOULANGER، رقم 631، صفحة 219.

(2) انظر DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 762 وما يليه، صفحة 124 وما يليها.

(3) PICARD et BESSON, Traité des assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، 1982، تأليف A. BESSON، رقم 501، صفحة 784 ـ F TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، الموجبات، رقم 491، صفحة 378 وصفحة 379 ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 114، صفحة 150 ـ PICARD, La stipulation pour autrui et ses principales applications، أعمال رابطة H. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها.

(4) D.P.88، 77، S.88، 1، 121، تعليق T.C.

(5) أيد المشترع هذا الحل صراحة في قانون 13 تموز 1930 المتعلق بعقد التأمين (وهو اليوم المادة L.8-132 من قانون التأمين).

(6) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1968، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 114 ـ حكم محكمة استئناف باريس، 12 كانون الثاني 1984، D.1984، صفحة 121 من التقرير.

او معنوية بحت. وبعبارة أخرى ما أن تكون هذه المصلحة موجودة حتى يكون الاشتراط لصالح الغير صحيحاً، بدون أن تكون ثمة حاجة إلى أن يكون المشترط قد تعاقد أيضاً لنفسه. وندرك من هذه الشروط أن القاعدة لا يستطيع أحد أن يشترط لصالح الغير قد اختفت كلياً[1]، وقد حل محلها المبدأ المعاكس، مبدأ صحة الاشراطات لصالح الغير[2].

وهذا الاستبدال المبدئي تجسد في توسيع ضخم لمجال الاشتراط لصالح الغير.

607 ـ المجال الحالي للاشتراط لصالح الغير.

إن الاشتراط منذور بشكل عام للتطبيق في جميع العقود القابلة لأن تهمّ بعض الغير مباشرة، وعلى وجه العموم في اتفاقيات المشترط أو ذوي قرباه[3]. وهكذا جرى الاعتراف في عقد نقل البضائع بوجود اشتراط لصالح المرسل إليه يتيح له ممارسة دعوى مباشرة ضد الناقل[4]. كما أن ذوي قربى المسافر، في عقد نقل الأشخاص، تم الاعتراف لهم بالإفادة من اشتراط لصالح الغير[5].

إن مجال المؤسسة تجاوز أيضاً القانون الخاص ليغطي بعض قطاعات القانون العام[6]. فالمستفيد من الاشتراط يمكن أن يكون بدون تمييز جماعة عمومية أو أحد الأفراد[7].

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967، النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91 ـ MARTY et RAYNAUD, Obligations، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 283 ـ B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، 1993، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1309 ـ LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 9، صفحة 9 ـ CHAMBELLAN, L'intérêt moral et les stipulations pour autrui، أطروحة في باريس، 1919، على أنه جرت المنازعة حول أن تكون المصلحة المعنوية الصرف كافية لإضفاء الصحة على اشتراط لصالح الغير، قارن بـ PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، تأليف P ESMEIN، رقم 353، صفحة 455. بيد أنه تبقى، حسب هذين المؤلفين، وسيلة لإضفاء الصحة على الاشتراط لصالح الغير ترتكز على اشتراط بند جزائي، كما في القانون الروماني (بالمعنى عينه، F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Obligations، رقم 491، صفحة 379). كان استخدام البند الجزائي لإضفاء الصحة على اشتراط لصالح الغير المجرد من المصلحة موضع انتقاد. فالأمر لا يتعلق إلاّ بحيلة متناقضة مع الطبيعة القانونية للبند الجزائي. وبكونه تابعاً للموجب الأصلي لا يمكن أن يكون مفعوله إضفاء الصحة على بند أصلي باطل طالما أن صحته ذاتها تتوقف عليه (FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 111، صفحة 147).

(2) انظر B. STARCK, Obligations، الطبعة الرابعة، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1310. قارن بـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 147، صفحة 336.

(3) FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 464.

(4) هكذا لا يظهر الغير المستفيد كغير من نوع خاص في الحقيقة. انظر الرقم 652 وما يليه.

(5) انظر G. VINEY, La responsabilité: conditions، رقم 188، صفحة 221.

(6) المرجع عينه.

(7) انظر A. DE LAUBADERE, Les contrats administratifs الجزء I، 1983، تأليف P. MODERNE et P. DELVOLVE، رقم 784 وما يليه، صفحة 787 وما يليها.

(8) انظر A. DE LAUBADERE، المذكور سابقاً، رقم 790، صفحة 791.

فشروط صفقات الأشغال العامة على سبيل المثال التي تفرض على المتعهد بعض الموجبات لصالح مستخدميه تتحلل كاشتراطات موضوعة لمصلحتهم[1]. إن القانون العام، كقاعدة عامة، يطبق بلا قيد أو شرط قواعد القانون الخاص[2].

وسوف نتفحص على التوالي نظام الاشتراط لصالح الغير وطبيعته وتطبيقه.

---

(1) انظر A. DE LAUBADERE المذكور سابقاً، رقم 791، صفحة 793 ـ DESWARTES- JULIEN, La stipulation pour autrui en droit administratif، أطروحة في باريس، 1970، صفحة 50 وما يليها.

(2) انظر A. DE LAUBADÈRE المذكور سابقاً، رقم 790 مكرر، صفحة 792. على أنه ينبغي بيان أن القانون الإداري، خلافاً للقانون الخاص، يقبل وجود رجوع الغير على المشترط (انظر DESWARTES- JULIEN، المرجع عينه، صفحة 53) . لا يقبل القانون المدني رجوعاً كهذا، عدا وجود تعهد المشترط تجاه المستفيد، انظر الرقم 640 اللاحق.

القسم الفرعي 1

نظام الاشتراط لصالح الغير

608 ـ بعد أن تفحصنا شروط الاشتراط لصالح الغير ينبغي تحليل مفاعيله.

الفقرة 1 ـ شروط الاشتراط لصالح الغير

609 ـ إذا كان الاجتهاد قد استبعد الطابع التابع للاشتراط كشرط لصحته فقد استمر في تطلب اشتراطات أخرى تعود لعلاقات المشترط والواعد في ما يختص بشخص الغير المستفيد.

I ـ الشروط المتعلقة بعلاقات المشترط بالواعد

610 ـ يفترض الاشتراط لصالح الغير أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في العملية وأن يكون الواعد ملتزماً تجاه المستفيد بموجب العقد المبرم مع المشترط.

أ ـ مصلحة المشترط.

611 ـ زوال الطابع التابع للاشتراط لصالح الغير واستبدال مفهوم مصلحة المشترط به[1].

لم يعد الطابع التابع للاشتراط لصالح الغير اليوم شرطاً لصحته[2]. فقد حل محله تطلب-مصلحة في شخص المشترط.

---

(1) انظر حول مفهوم المصلحة في القانون المقارن OMRAN, Étude comparative sur la théorie de la stipulation pour autrui en droit français, itatian et de la république arabe unie، أطروحة في باريس، 1966، صفحة 168 وما يليها. يلاحظ المؤلف أن القانون المدني الإيطالي يرجع إلى مفهوم مصلحة المشترط ـ لا مصلحة الواعد ـ (المادة 1141 من القانون المدني الإيطالي). غير أن هذا المفهوم أصلي. ولا يمكن أن يلتبس مع المصلحة التي تتطلبها صحة أي موجب طالما أن الدائن ليس المشترط وإنما المستفيد، في حين أن المادة 1174 من القانون المدني الإيطالي تستهدف فقط مصلحة الدائن. ويستنتج المؤلف من ذلك أن الاشتراط، في حال عدم وجود مصلحة لإنشاء حق في ذمة الغير المالية، يكون باطلاً بالنسبة إلى المستفيد، وإنما هو صحيح بالنسبة إلى المشترط الذي يجني الفائدة (صفحة 175). ويبدو، حسب المؤلف، أن غياب المصلحة الخاصة، بمفهوم الاشتراط لصالح الغير، لا يؤدي آلياً إلى غياب المصلحة بمعنى المادة 1174 من القانون المدني الإيطالي. وبتعبير آخر لا يفترض غياب مصلحة المشترط في إنشاء حق لصالح الغير غياب المصلحة في تنفيذ الموجب لفائدته الحاصرة.

(2) انظر الرقم 606 السابق.

غير أنه جرت المنازعة في أن تكون مصلحة المشترط شرطاً حقيقياً للاشتراط لصالح الغير[1]. فهذه المصلحة يتم إدخالها بالفعل في عمل إرادته طالما أنه «لا يمكن أن تكون ثمة إرادة بدون مصلحة وبالتالي يلتبس غياب المصلحة بدون قيد أو شرط مع غياب الإرادة»[2]. ومصلحة المشترط، فضلاً عن ذلك، تشكل مجرد دافع يلتبس مع السبب[3]. وبالتالي ينبغي أن لا يأخذه القانون الوضعي في الحسبان. فوجود مصلحة المشترط إذاً لا مشكلة فيه، لكون هذه المشكلة «مفترضة بما لا يقبل الرد انطلاقاً من الآونة التي تكون فيها إرادة إرادة إنشاء حق لصالح الغير موجودة»[4].

من الصحيح أن تطلّب «المصلحة» هذا مفهوم إلى حد كبير بحيث يظهر شكلياً صرفاً لأول وهلة. بيد أن الاجتهاد يجعل منه أحياناً تطبيقاً لرفض أي فعالية للاشتراط لصالح الغير. وينتج مثل على التطبيق الإيجابي لمفهوم المصلحة التي يقدرها قضاة الأساس بسيادة، وقد قاد إلى رفض أي فعالية للاشتراط، عن حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في أول كانون الأول 1975[5]. ذلك بأن الفرضية التي تنكر أي مدى لهذا التطلب ليست مقنعة كلياً.

إنْ انتقاد تطلب المصلحة، بمماثلة مصلحة المشترط بإرادته في إنشاء حق لصالح الغير، يرتبط بمفهوم إرادوي بشكل أساسي مشبع بمذهب سلطان الإرادة. والحال أن العقد ليس فقط توافق إرادات. إنه أيضاً أداة تبادلات لخدمة القانون الموضوعي. وينبغي، بهذه الصفة، أن تتمثل فيه منفعة اجتماعية أكيدة. إنه عامل جوهري في تقدير صحة العقد[6]. واللجوء إلى مفهوم مصلحة المشترط مسوّغ في هذه الرؤية ذلك بأنه يؤمّن هذه الوظيفة الأخيرة.

---

(1) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 340 ـ MARTY et RAYNAUD, Obligations، الجزء I، المصادر، رقم 283.

(2) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 149، صفحة 341 وصفحة 342؛ الموجبات: العقد، الجزء III، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 806.

(3) CHAMPEAU, La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893، القانون الفرنسي، صفحة 64 وما يليها. يفرق المؤلف حسب أن يتم تقدير مصلحة المشترط بالنسبة إلى الواعد أو إلى الغير المستفيد. فمصلحة المشترط في الحالة الأولى تلتبس مع السبب الموضوعي. وفي الحالة الثانية لا يتعلق الأمر بتقدير الهدف الذي يسعى إليه المشترط، أي الدافع بتعبير آخر. وترتكز نظرية المصلحة إذاً على التباس مع نظرية السبب، فتكون باطلة. انظر أيضاً LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 9، صفحة 9.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً.

(5) النشرة المدنية، IV، رقم 288، صفحة 239؛ D.1976، رقم 56 من التقرير.

(6) انظر تكوين العقد، رقم 223 وما يليه، صفحة 201 وما يليها ـ J. GHESTIN, L'utile et le juste dans les contrats، D.1982، صفحة 1 من العرض.

612 ـ يعبّر مفهوم مصلحة المشترط بشكل ملموس عن تطلب منفعة العقد الاجتماعية.

ينشأ الاشتراط لصالح الغير عن عقد بين المشترط والواعد[1]. إنه المظهر الإرادوي للاشتراط والمصلحة التي ينبغي أن تشجع المشترط تعود إلى أساس آخر، إلى المنفعة الاجتماعية. ولن يكون بالتالي هناك أي التباس بين تطلب إرادة مشتركة لإفادة الغير من حق والمصلحة التي ينبغي أن تشجع المشترط.

ويمكن، على سبيل المثال، اعتبار المصلحة الشخصية للمشترط في العملية، رغماً عن توافق إرادتي المشترط والواعد، ليست كافية لإعطاء الاشتراط منفعة اجتماعية حقيقية تسوّغ استبعاد مبدأ المفعول النسبي للعقد. ويفترق هذا المفهوم عن النظرية التي لا تكون مصلحة المشترط بموجبها سوى دافع يتم إدراكه بهذه الصفة عن طريق السبب. ولا يمكن للاشتراط لصالح الغير، المفهوم حصراً على هذا النحو، أن يعاقب إلاّ على أساس السبب غير المشروع أو اللاأخلاقي وليس على الإطلاق لعدم كفاية المصلحة. والحال أن الأمر لا يتعلق هنا بمعرفة ما إذا كانت دوافع المشترط تستوجب العقاب مدنياً، وإنما بمعرفة ما إذا كانت هذه الدوافع قابلة لأن تولّد حقاً لصالح الغير. إن مفهوم مصلحة المشترط تتجاوز هكذا مفهوم السبب لكي يأخذ مكانه بين شروط وجود الاشتراط.

إن لهذا المفهوم، فرضياً، منفعة أكيدة. فبعد أن صلح لتوسيع مجال الاشتراط لصالح الغير إلى حد كبير، تبعاً للضرورات الظرفية[2]، يمكن الاعتراف له بمنفعة حقيقية بحبس الاشتراط لصالح الغير في مجال أضيق، وبنتيجة ذلك في مجال أصح. وهكذا تغدو المصلحة وسيلة تقليص مجال الاشتراط لصالح الغير حسب القوة المطلوبة منه. إن ذلك يفترض بالطبع أن تكون الحدود العامة لهذا المفهوم قد حددها القانون وإلاّ على الاجتهاد أن يحددها وهو يرفض ذلك حالياً.

613 ـ يقدّر قضاة الأساس مصلحة المشترط بسيادة.

مصلحة المشترط مسألة واقعية يعود تقديرها إلى سلطة قضاة الأساس السيدة[3]. يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض أقل تطلباً، إذ يجب وإنما يكفي أن يبيّن قضاة الأساس وجود

---

(1) انظر الرقم 614 اللاحق وما يليه.

(2) انظر على وجه الخصوص ملاحظات J-L. GOUTAL, Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، أطروحة في باريس، 1981، منشورات L.G.D.J، مقدمة H. BATIFFOL، رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1968، النشرة المدنية، III، رقم 145، صفحة 114؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1968، IV، 86 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967، النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 143؛ ملاحظة J. CHEVALLIER ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول كانون الأول 1975، المذكور سابقاً.

مصلحة ما ليكون حكمهم معللاً. وهكذا حكمت بأنه لم يكن ضرورياً أن تكون للمشترط مصلحة مباشرة وفورية في الاشتراط، إذ تكفي مصلحة عادية[1].

ووجود مصلحة في شخص المشترط، في القانون الوضعي، يتقلص إذاً في الغالب إلى تطلب شكلي صرف[2]، ما عدا الاستثناء[3]. وهذا ما يفسر أن الشرط الوحيد الذي يتطلبه الاجتهاد في الحقيقة هو شرط عقد بين المشترط والواعد.

ب ـ وجود عقد بين المشترط والواعد

614 ـ ـ تأكيد ضرورة العقد.

مع أنه من غير الضروري أن يكون الاشتراط لصالح الغير مرتبطاً بعقد أصلي، يبقى أن أساسه عقدي. وبهذا المعنى يجري الكلام، أحياناً، أيضاً، على الاشتراط التابع لصالح الغير[4]. ينبغي إذاً أن يتطعّم الاشتراط لصالح الغير بعقد بين المشترط والواعد[5].

وقد أكدت ذلك الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بردّ طعن يأخذ على محكمة الاستئناف استنتاجها وجود اشتراط في عقد أحادي الجانب. وفي عرف الغرفة المدنية، «أخذت محكمة الاستئناف بصواب بأن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن ينتج عن عقد قرض بين المشترط والواعد، اذا كان الاعتراف بالدين، وكانت قيمة القرض قد دفعت، ينحصر بالتحقق من تعهد الواعد»[6]. وبتعبير آخر ليس ثمة أهمية تذكر لأن تثبت الوثيقة فقط تعهّد الواعد طالما أن هذه الوثيقة ناجم عن اتفاقية مبرمة مع المشترط، مما يعني بوضوح ضرورة هذه الاتفاقية.

وهذا التعهد الذي يجوز وصفه «بحامل حق المستفيد» خاضع للقواعد العامة لصحة الاتفاقيتان وهو غير خاضع لأي شرط شكلي وإنما ينبغي أن يعبّر عن النية في الاشراط

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 شباط 1962، النشرة المدنية، I، رقم 124، صفحة 110.

(2) انظر J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 188، صفحة 140.

(3) انظر رقم 611 السابق، الحكم المستشهد به.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 151، «لأنه يفترض وجود علاقة موجب بين الواعد والمشترط يبدو كتابع» (صفحة 348)؛ الموجبات، المرجع عينه، رقم 808 ـ MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه.

(5) انظر على سبيل المثال MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه ـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 148 وما يليه، صفحة 340 وما يليها ـ B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1329 ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 150.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 350، صفحة 270؛ فهرس Defrénois، 1979، رقم 1177، الفقرة 51، ملاحظة J-L. AUBERT.

لصالح الغير. إنه التدبير الوحيد لحق المستفيد الذي ليس رضاه دائماً شرطاً لوجوده.

615 ـ قواعد صحة العقد الحامل.

يتطلب هذا العقد، كأي عقد، الرضا وأهلية الفريقين والموضوع والسبب المشروع[1].

إن مسألة صحة بعض الاشتراطات لصالح الغير تم طرحها بشكل أساسي على أرضية السبب، ولا سيما في مجال التأمين على الحياة الذي يتم لصالح الخليلين. وجرى الحكم بأن التأمين الذي يجريه عشيق لصالح عشقته، من أجل متابعة العلاقات الزناوية، مشوب بالطلان بسبب الفجور الذي شجع على الاشتراط[2]. وهذا الحل متوافق مع المبدإ الذي يسوس صحة الهبات بين الخليلين التي ليست صحيحة إلاّ أن يكون الواهب قد شجعته أحاسيس إنسانية أو الاعتراف بالجميل، وليس عندما يكون الهدف الحاسم المنشود الحفاظ على العلاقات الزناوية أو استمرارها أو خارج الزواج فقط[3]. وليس ثمة أهمية تذكر، فضلاً عن ذلك، أن يبدأ التأمين بالسريان فقط عند وفاة الواهب. فهذا الظرف ليس من شأنه وحده أن ينزع عن الدافع الذي شجع المشترط طابعه اللاّأخلاقي[4].

وفجور السبب يقدّر بالطريقة عينها كما في القانون العام، إذ يكفي أن يكون ما شجع المشترط الواهب دافع غير مشروع أو لاأخلاقي لكي يكون التبرع باطلاً بدون أن يكون ثمة حاجة الى أن يكون الموهوب له على علم بهذا الهدف[5].

616 ـ ـ شكل العقد.

لا يخضع الاشتراط لصالح الغير لأي شكل خاص[6]، حتى عندما يحقق

---

(1) B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER رقم 1329 ـ FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 462، .-PONSARD مصنف الاجتهادات، الكتابة العدل، رقم 1121 ورقم 1122، 1975، الكراسة C-7، رقم 108 ـ LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 108، صفحة 116.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، IV، 243 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1982، النشرة المدنية، I، رقم 321، صفحة 275 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 51، صفحة 42 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، D.1958، 317، تعليق ESMEIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة. G، 1957، II، 10234. انظر كمثال حيث أعلنت تسمية عشيقة المشترط كمستفيدة من تأمين على الحياة غير مشروعة، ولم يتم تقديم البيّنة على الفجور، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 كانون الأول 1969، النشرة المدنية، I، رقم 386، صفحة 308.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 890.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الاول 1957، المذكور سابقاً.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 896.

(6) انظر PONSARD، مصنف الاجتهادات، فهرس الكتابة العدل، البند 1121 والبند 1122، 1975، الكراسة 7 ـ C، رقم 62 وما يليه. يأخذ الاشتراط شكل العقد المرتبط به، عقد النقل على سبيل المثال، عندما يفيد ذوي قربى المسافر ضحايا حادث.

تبرعاً[1]. وينجم هذا الحل عن المادة 1973 من القانون المدني المتعلقة بعقد الدخل العمري الذي بموجبه «يمكن أن يتكون لصالح الغير، حتى لو كان الثمن قد قدّمه شخص آخر. وعندما يكون له في هذه الحالة الأخيرة طابع تبرع لا يعود خاضعاً للأشكال المطلوبة في الهبات عدا حالتي التخفيض أو البطلان المنصوص عليهما في المادة 1970».

على أن الاشتراط عندما يحقق هبة غير مباشرة يخضع لقواعد الأساس التي تسوس الهبات بين الأحياء[2]، ولاسيما النسبة والتخفيض[3]، إلاّ أن يكون قد اتخذ شكل التأمين على الحياة[4].

617 ـ نية الاشتراط لصالح الغير.

ارتباط الاشتراط لصالح الغير بعقد شرط ضروري وإنما غير كافٍ، يجب، فضلاً عن ذلك، أن يبدي المشترط والواعد نية إنشاء حق لصالح الغير[5]. إذن لا تحوي جميع العقود القابلة لإفادة الغير بالضرورة اشتراطاً لصالح الغير[6]. وذلك يعني تأكيد أن الاشراط لصالح

---

(1) النقض المدني، 26 آذار 1884، .S 1986، 1، 422؛ D.1984، 1، 275؛ يوميات الكتابة العدل، 1884، البد 23178، صفحة 336. انظر كمثال على اشتراط هبة لصالح الغير بصورة غير مباشرة تأخذ شكل قرض تجسد في اعتراف بالدين صادر عن الواعد، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تشرين الثاني 1978، النشرة المدنية، I، رقم 350، صفحة 270؛ فهرس Defrénois، 1979، وصفحة 1177، الفقرة 51، ملاحظة J-L. AUBERT ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 أيار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 116، صفحة 118 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 356، صفحة 461، والتعليق 2. ـ DEMOGUE, Obligations، الجزء I، رقم 776، صفحة 138 ـ F.TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, Obligations، رقم 494، صفحة 381.

(2) النقض المدني، 26 آذار 1884، المذكور سابقاً، الذي أبطل تبرعاً، استناداً إلى المادتين 932 و944 من القانون المدني، بحجة أن قبول الهبة كان مستحيلاً في حياة المشترط الواهب.

(3) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 365، صفحة 471 ـ .A PONSARD المذكور آنفاً، رقم 65 ـ FLOUR et AUBERT المذكوران سابقاً، رقم 462 ـ ,TERRÉ SIMLER et LEQUETTE، الموجبات، رقم 505، صفحة 387.

(4) بعد أن طبق الاجتهاد بدقة قواعد الاسترداد والتخفيض على رأس المال وعلى العلاوة المدفوعة (انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 121، صفحة 128 وما يليها)، استبعدها تدريجاً (انظر PICARD et BESSON، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. BESSON، رقم 518، صفحة 806). وقد استعاد قانون 13 تموز 1930 الحلول الناشئة عن مبادرة مستقلة، ونصت المادة 132 ـ 13 من قانون التأمين على ما يلي: «لا يخضع رأس المال أو الدخل الذي يدفع عند وفاة المتعاقد لمورِّث محدد لقواعد الرد إلى التركة ولا لقواعد التخفيض بسبب الاعتداء على حصة الورثة المحفوظة». والأمر كذلك بالنسبة إلى العلاوات التي دفعها المكتتب ما عدا المبالغ فيها بالنسبة إلى إمكانياته (المادة 132 ـ 13، الفقرة 2 من قانون التأمين. انظر PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 519 ورقم 520، صفحة 807 وما يليها).

(5) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 356، صفحة 461 ـ .A PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 11 وما يليه ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 766، صفحة 130 ـ H.-L.J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 778.

(6) حكم غرفة العرائض، 20 كانون الأول 1898، D.P. 1899، 1، 320؛ .S 1901، 1، 270 ـ النقض=

الغير ليس له أساس آخر سوى إرادة الفريقين، وهذا ما يعبّر عنه، بالإضافة إلى ذلك، تطلب عقد بين المشترط والواعد.

وليس من الواجب أن يعبّر عن هذه الإرادة المشتركة التي يقدرها بسيادة قضاة الأساس[1] بعبارات شكلية[2]. وهكذا يمكن أن تنتج عن تفسير الاتفاقية حتى أن تكون ضمنية[3]. وهذه الفكرة الأخيرة جرى دفعها بعيداً جداً، طالما أنها توصل إلى افتراض بعض الاشتراطات لصالح الغير[4]، في مجال نقل السلع لصالح المرسل إليه[5]، ولاسيما في نقل الأشخاص، لصالح ذوي قربى الضحية[6].

وكانت قضية Noblet مناسبة لمحكمة النقض لأن تطرح كمبدإ، «أن حق الحصول على التعويض عن الضرر، في حالة حادث قاتل حصل خلال تنفيذ العقد، يكون محققاً، حسب المادة 1147 من القانون المدني، لصالح زوج الضحية أو الاولاد، هذه الضحية التي تم الاشتراط لصالحها، بدون أن تكون هناك ضرورة للتعبير عن ذلك صراحة»[7]. غير أن محكمة النقض، من أجل تحديد حلقة المستفيدين، حكمت بأن الأشخاص الذين تكون الضحية ملزمة تجاههم بواجب مساعدة استناداً إلى نظام قانوني بإمكانهم التمسك لمصلحتهم بشرط ضمني لموزّثهم[8]. وهذا البناء، مع أن هذا الاجتهاد كان هاجسه حماية الضحايا وفقاً للإنصاف، في حقبة كان فيها تطبيق المادة 1384، الفقرة الأولى، على الضحايا بطريقة غير

= المدني، 20 كانون الأول 1911، S.1914، 1، 297، تعليق A. PONSARD ـ NAQUET المذكور آنفاً، رقم 12 ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 766، صفحة 131 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 356، صفحة 461 ـ WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 402، صفحة 705. بالإضافة إلى J. CHEVALLIER، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 نيسان 1967 (النشرة المدنية، I، رقم 125، صفحة 91)؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 143، رقم 1.

(1) النقض المدني، 2 تموز 1884، D.1885، 1، 150 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 تشرين الأول 1961، النشرة المدنية، I، رقم 443، صفحة 350 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تشرين الأول 1968، النشرة المدنية، IV، رقم 266، صفحة 238؛ D.1969، 98 ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، المرجع عينه ـ A. PONSARD المذكور سابقاً، رقم 21.

(2) PONSARD، المرجع عينه.

(3) J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها.

(4) انظر WEIL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 403 وما يليه، صفحة 707 وما يليها ـ J-L. GOUTAL، المرجع عينه.

(5) انظر G. VINEY, La Responsabilité: conditions، رقم 188، صفحة 221، ولاسيما التعليق 51.

(6) النقض المدني، 15 شباط 1955، D.1955، 519.

(7) النقض المدني، 6 كانون الأول 1932، D.1933، 1، 137، تعليق JOSSERAND؛ Sirey 1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1933، صفحة 398، تعليق M. PICARD؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 109، ملاحظة DEMOGUE.

(8) النقض المدني، 24 أيار 1933، Dalloz الاداري 1933. 1، 137، تعليق JOSSERAND؛ S. 1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN، مجلة قصر العدل، 1933، II، 350.

مباشرة، مشكوكاً فيه[1]، يرتكز على وهم إرادة منتقد جداً[2].

وهذا البناء لم يعد اليوم سوى مجال محدد بالنقل البري، إذ تدخل المشترع ليسوس التعويض على ضحايا الأضرار الناجمة عن النقل الجوي والبحري[3].

ويمكن أن يقود اكتشاف الاشتراط لصالح الغير الضمني في بعض العقود إلى تعميم مجاله في جميع العقود القابلة لأن تهم الغير. ولن يكون عندئذ شك في الأساس الإرادوي للاشتراط لصالح الغير[4]. ويكون هذا الاشتراط قد وجد أساسه الحقيقي في القانون. ألم تنص المادة 1135 على أن «الاتفاقيات لا تجبر فقط على ما تعبر عنه، وإنما كذلك على جميع النتائج التي يعطيها الإنصاف أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته»؟

إن هذا التحليل يجب رده، فهو يتنكر بوضوح للنص الآمر للمفعول النسبي للعقد الذي يصبح عندئذ حرفاً ميتاً[5]. يضاف إلى ذلك أنه لا يقوم إلاّ بنقل موضع المسألة، فيتم الانتقال من إرادة إلى قرينة، قرينة بموجبها توخىّ المشترع أن يعطي منهجياً حقوقاً للغير، على عكس المبدإ الذي طرحه هو نفسه[6]. ويجري، من أي جانب جرى التموضع فيه، الاصطدام دائماً بالقاعدة الأولى للمفعول النسبي للاتفاقيات. والمبدأ الذي بمقتضاه يفترض الاشتراط لصالح الغير نية إنشاء حق في ذمة الغير المالية في العقد ينبغي إذاً الحفاظ عليه. وللاجتهاد المعاصر، فضلاً عن ذلك، نزعة إلى استبعاد مفهوم الاشتراط الضمني لصالح الغير[7].

وعلى سبيل المثال، عندما يتعلق الأمر بإفادة مكتسب الملكية الثاني من ضمان العيوب الخفية ضد الصانع، لا تلجأ المحاكم إلى الاشتراط لصالح الغير في حين أن العقد بين البائع والصانع قابل لأن يهم المستهلك مباشرة[8].

---

(1) انظر J.L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، صفحة 143.

(2) B.STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1317 ـ J-L. GOUTAL، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 191، صفحة 144 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 27 ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 134، صفحة 177.

(3) انظر الرقم 855 اللاحق.

(4) انظر في هذا الاتجاه، WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 419، صفحة 734 وصفحة 735.

(5) انظر J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 183، وما يليه صفحة 137 وما يليها.

(6) انظر ملاحظات M.LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 150، صفحة 343 وما يليها.

(7) G. VINEY, La responsabilité: conditions، رقم 188، صفحة 223 ـ MALAURIE et AYNÈS، الموجبات الطبعة الرابعة، 1994، رقم 673، صفحة 375 و376. على أنه من الواجب ملاحظة أن اللجوء إلى الاشتراط الضمني لصالح الغير غير مدان منهجياً. وبالفعل حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 حزيران 1989، بأنه «يعود إلى محكمة الاستئناف البحث عما إذا كان عقد البيع يحوي اشتراطاً ضمنياً لصالح الغير» (النشرة المدنية، I، رقم 243، صفحة 162؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 71، ملاحظة J. MESTRE).

(8) انظر حول نقل ضمان العيوب الخفية: Ph. MALINVAUD, L'action directe du maître de l'ouvrage contre le fabricant et fournisseur de matériaux et composants، D. 1994، صفحة 41 من العرض ـ B. BOUBLI, Soliloque sur la transmission de l'action en garantie، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة =

وهكذا حكمت محكمة النقض بأن «الدعوى المباشرة التي يملكها مكتسب الملكية الثاني ضد الصانع أو البائع الوسيط لضمان العيب الخفي الذي يشوب الشيء المباع منذ صنعه هي بالضرورة ذات طابع عقدي»[1]. وينتج عن هذه الصيغة أن الدعوى المباشرة لمكتسب الملكية الثاني لا يمكن تفسيرها بإوالية الاشتراط لصالح الغير، ذلك بأن المستفيد، باعتبار هذه الدعوى عقدية بالضرورة، لا يمكنه أن يرفض الإفادة لكي يقاضي الصانع على أساس تقصيري. وفي الاتجاه عينه، حكمت الهيئة العامة بكامل أعضائها، للبت بتباين الاجتهاد بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة[2]، بأن «صاحب العمل، كما مكتسب الملكية الثاني، يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى صاحبه، وأنه يملك إذاً لهذه الغاية ضد الصانع دعوى عقدية مباشرة مبنية على عدم مطابقة الشيء المسلم»[3]. ولم يتم أي إسناد إلى الاشتراط لصالح الغير.

ويبدو أن الاجتهاد، بعد أن مد مجال الاشتراط لصالح الغير في نسب ضخمة، عاد اليوم إلى واقعية أكثر، على الأقل في ما يتعلق بالمبادىء القانونية. ومن الصحيح أن نموه غير العادي يعبر عنه بحجج الإنصاف غير الموجودة اليوم[4]. ونظرية الدعوى المباشرة تتيح، فضلاً عن ذلك، نتائج مرضية بحيث أن اللجوء إلى الوهم يبدو بلا طائل[5].

618 ـ استقلالية العقد الحامل.

استقلالية الاشتراط لصالح الغير ليست اليوم موضع نزاع: «بعد أن كانت بنداً تابعاً، كشرط لاشتراط شخصي، أصبحت اليوم الموضوع ذاته للعقد»[6].

ويشهد تفحص عقد التأمين على الحياة هذا التطور المتسم بتأكيد الطابع الأصلي

- I.G، 2646 ـ J. GHESTIN, Conformité et garanties dans la vente، منشورات L.G.D.J، 1982، رقم 334 وما يليه، صفحة 339 وما يليها ـ J. GHESTIN et B. DESCHÉ، البيع، رقم 1015 وما يليه.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241، صفحة 192؛ D.1980، صفحة 222 من التقرير، ملاحظة LARROUMET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، 355، ملاحظة G DURRY. وفي الاتجاه عينه، النقض المدني، 17 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182؛ D.1983، صفحة 479 من التقرير، ملاحظة Ch. LARROUMET.

(2) دعوى صاحب العمل، بالنسبة إلى الغرفة المدنية الأولى، ذات طبيعة عقدية (29 أيار 1984، D.1985، صفحة 213، تعليق BÉNABENT؛ المجلة الفصلية القانون المدني، 1985 صفحة 589، ملاحظة HUET). في حين أنها، بالمقابل، في عرف الغرفة المدنية الثالثة، كانت تقصيرية (19 حزيران 1984، المرجع عينه).

(3) الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986 (حكمان)، النشرة المدنية، رقم 2، صفحة 2؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G،II، 20616، تعليق P. MALINVAUD؛ D.1986، 293، تعليق A. BÉNABENT.

(4) انظر B. STARCK، تأليف.H. ROLAND et L. BOYER، المذكورين سابقاً، رقم 1318. وكذلك WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 415، صفحة 726 وما يليها.

(5) انظر الرقم 739 اللاحق.

(6) FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 117، صفحة 156.

للاشتراط لصالح الغير، الموضوع الوحيد للعقد.

وكون الأمر يتعلق بعقد معاوضة، أي باحتوائه تسديد العلاوات، لا تأثير له في هذا الصدد[1].

وبالفعل ينشأ الموجب الذي يضطلع به الواعد، أي المؤمِّن، عن الاشتراط لصالح الغير نفسه، بدون أن يكون ملزماً بصفة أخرى تجاه المشترط، أي المكتتب، وبدون أن يكون هذا الأخير ملزماً تجاهه بطريقة أخرى على أساس عقد التأمين. وبعبارة أخرى، إن الموضوع الوحيد للعقد الذي يربط الواعد بالمشترط هو إنشاء حق لصالح المستفيد. ولا يربط أي موجب آخر سابق أو تلازمي يتطعم به عقد التأمين الواعد بالمشترط أو يكون منجذباً نحو حقل الاشتراط.

غير أن هذه النقطة لا تظهر بداهة إذ أخذنا في الحسبان واقع أن المشترط، في عقد التأمين على الحياة، يتعاقد بالتأكيد لصالح الغير، وإنما كذلك لصالحه الخاص[2]. يبدو إذاً وجود عقد أصلي يتطعم فيه الاشتراط لصالح الغير عندما يكون للمشترط فائدة. بيد أن هذا التحليل يجب استبعاده ذلك بأنه ليس هناك في أي حال مستفيدان وإنما مستفيد واحد؛ وبالفعل المقصود فقط ودائماً تحديد مَنْ من الغير أو المشترط يجني في النهاية الاستفادة من التقديم المتوجب على الواعد استناداً إلى الاشراط لصالح الغير وحده[3].

على أنه يبقى أن الاشتراط لصالح الغير يوجد أيضاً كتابع لاشتراط أصلي، على سبيل المثال عندما يلتزم أحد الأشخاص ببيع شخص آخر أسهم شركة والتفرغ عن حصة من هذه السندات للغير[4]. ويظهر الاشتراط لصالح الغير في هذا الوضع كتابع للعقد الأصلي ويقتضي بالتالي أن يخضع لاشتراطاته جميعاً.

---

(1) بمناسبة دراسة الإنابة تم بيان أن هذه الواقعة لا تُدخل ثانية اشتراطاً أصلياً بين المشترط والواعد يتطعم به الاشتراط لصالح الغير، M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 23.

(2) يفترض في المشترط أنه اشترط في الوقت عينه للمستفيد ولنفسه. وينجم عن ذلك أن بطلان تسمِية المستفيد لا يؤدي إلى بطلان عقد التأمين، إذ يجني المشترط عندئذ الاستفادة من التأمين (المادة 66 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة L.11-123، من قانون التأمين). انظر PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 501، صفحة 782 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976 (حل ضمني) المذكور سابقاً. وهذا هو حال التأمين لحساب من يعود إليه (المادة 6 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة L.1-112 من قانون التأمين). انظر PICARD et BESSON، الجزء 1، تأليف BESSON، الطبعة الخامسة، رقم 265 وما يليه، صفحة 409 وما يليها ـ M.PICARD, La stipulation pour autrui et ses principales applications، أعمال رابطة H. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها: «يتضاعف الاشتراط لصالح الغير باشتراط أن المؤمِّن يفترض فيه أن يعمل لحسابه بمعنى أن العقد يساوي في الوقت عينه تأمين مسؤولية لصالح المكتتب» (صفحة 276 في آخرها).

(3) M.BILLIAU المرجع عينه.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 150؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 593، ملاحظة J. MESTRE؛ فهرس Defrénois، 1986، البند 33745، صفحة 788، رقم 53، ملاحظة J-L. AUBERT، تأييد الحكم بدون تحفظ.

وفي الحقيقة ليس الأمر على هذا النحو. فالاجتهاد الحديث يفرق بوضوح بين العقد الأصلي، الذي يوحد حصرياً الواعد بالمشترط، والعقد التابع المولِّد الحق في الإفادة.

وهكذا جرى الحكم بأن بند التحكيم المدخل في العقد الذي يربط المشترط بالواعد لا يحتج به ضد الغير المستفيد الذي ليس في وسعه الإفادة منه ضد الواعد. وقد نقضت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني، حكماً قضى بغير ذلك بحجة «أنه حكم على هذا النحو في حين أن شركة Séfimo لو كانت مستفيدة من اشتراط لصالح الغير مبرم بين السيدة Bisutti (الواعدة) وشركة Bruynzeel (المشترطة) فإنه لم يكن من المسوّغ لها الإفادة من البند التحكيمي الذي يربط المشترط بالواعد فقط»[1]. ينجم عن هذا الاجتهاد أن العقد الحامل حق المستفيد مستقل كلياً ولو تم إدخاله في اتفاقية أعم.

وطبقت الغرفة التجارية أيضاً هذا المبدأ في حكم 23 أيار 1989[2]. كانت شركة Motte قد كفلت تضامنياً تسديد قرض متعاقد عليه لاكتساب ملكية مؤسسة تجارية لبيع شراب الليمون وصنع الجعة من قبل الزوجين Krouchi. والتزم الزوجان مقابل ذلك بأن لا يتزودا بالجعة إلا لدى شركة Motte أو مستودعات Jean Perrier. وقد قاضت شركة Perrier الزوجين Krouchi اللذين لم يراعيا هذا التعهد للتعويض عن الضرر استناداً إلى بند جزائي مشترط لصالح شركة Motte في الاتفاقية مع الزوجين Krouchi. وقد ردّت محكمة الاستئناف طلب المدّعين على هذا الأساس. وأيدت محكمة النقض محكمة الاستئناف حول هذه النقطة التي حكمت بأن هذه المحكمة «قررت بصواب أن شركة Perrier لا يسعها الإفادة من البند الجزائي المتمسك به»[3]. وهذا يعني أن هذا البند الجزائي كان غير قابل للاحتجاج به في وجه الغير المستفيد، ولم يكن يتعلق إلا بالعلاقات بين الواعد والمشترط. وهذا يعني أيضاً تطبيق مبدإ استقلالية الاشتراط لصالح الغير التي وصفها السيد Aubert بأنها «مبدأ تخصيص بمعنى أن المستفيد ليس له من حقوق سوى الحقوق المخصصة لصالحه»[4].

ويبدو إذاً أن محكمة النقض تبنت مفهوماً صلباً لمبدإ المفعول النسبي للعقود. ولا تقبل بشذوذ عن هذا المبدأ إلاّ في الحدود الضرورية حصراً لإعطاء الغير المستفيد حقاً ما. وبتعبير آخر لا يمكن أن تضر جميع الاشتراطات التي لا تساهم في تخصيص هذا الحق بالمستفيد

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، المذكور سابقاً. انظر تطبيقاً لمبدإ استقلالية العقد الحامل في مجال تأمين الجماعة لصالح المستفيد الذي لا يمكن أن يحتج ضده بالاشتراطات الأصلية، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 81، صفحة 80.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 أيار 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 164، صفحة 109؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 72، ملاحظة J. MESTRE، فهرس Defrénois، 1989، البند 34633، صفحة 1389، ملاحظة J.-L. AUBERT.

(3) بيد أن الحكم جرى نقضه مع ذلك وإنما في ما يتعلق برفض إعطاء شركة Perrier «دعوى مباشرة وشخصية للتعويض عن ضررها».

(4) الملاحظات المذكورة سابقاً، بأحرف مائلة في النص.

ولا يمكن أن يستفيد منها[1]. وهذه الأحكام، فضلاً عن ذلك، تندرج في الحركة المعاصرة لانحسار الاشتراط لصالح الغير لمصلحة إواليات أخرى ومنها الدعوى المباشرة[2].

إن تطبيق مبدإ الاستقلالية هذا يمكن أن يبدو دقيقاً. وبالفعل لن يكون ولا شك من السهل دائماً معرفة ما هي البنود التي تتعلق حصراً بعلاقات المشترط بالواعد والتي بالتالي لا يحتج بها ضد الغير المستفيد والآخرين، ولاسيما في حالة الفردانية الموضوعية أو الذاتية بين العقد الأصلي والاشتراطات المختصة بحق الغير المستفيد. إن الحل الذي تبنته محكمة النقض يُدخل بالضرورة عامل تعقيد. ولذلك رؤي أنه من الأفضل «ان يؤخذ في الحسبان اندماج أتمّ للاشتراط لصالح الغير بالعقد الأصلي المشتق منه»[3].

إن للتفريق الذي تبناه القانون الوضعي نتائج مهمة ذلك بأنه يشرط، إلى حد كبير، نظام الحل، وتطبيق الدفع بعدم تنفيذ العقد وبصورة أعمّ لاحجيّة الدفوع التي يمكن أن يتذرع بها الواعد ضد المستفيد[4].

619 ـ قبول الغير المستفيد ليس دائماً شرطاً لوجود حقه.

المستفيد، كما يدل عليه اسمه، أجنبي عن العقد الأصلي. وهذا هو السبب الذي من أجله لا يكون ملزماً بتقديم البيّنة الخطية على موجب الواعد الذي يطالب بالتنفيذ، إذ إن المادة 1341 من القانون المدني تتعلق فقط بالفرقاء أو خلفائهم الكليين[5]. كما أن رضاه، على وجه الخصوص، ليس شرطاً لصحة الاشتراط وبالتالي لوجود الحق المنشأ لصالحه وحده[6]. وجرى الاستنتاج من ذلك أن هذا الحق ينشأ سابقاً لقبوله الذي ليس له سوى

---

(1) قارن بملاحظات WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398، صفحة 699 وصفحة 700.

(2) انظر الرقم 617 السابق.

(3) J. MESTRE، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 594.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156 وما يليه، صفحة 360، ورقم 162، صفحة 371 وما يليها، ولاسيما صفحة 373 وما يليها. انظر الرقم 634 اللاحق.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 شباط 1988، النشرة المدنية، I، رقم 30، صفحة 20. انظر في صدد المبدإ الذي بمقتضاه لا تتعلق المادة 1341 من القانون المدني إلاّ بالفريقين المتعاقدين، المدخل العام، رقم 595، والاجتهاد المستشهد به في التعليق 94.

(6) النقض المدني، 8 شباط 1888، D.88، 1، 201، وبموجبه «الاشتراط لصالح الغير. . . يعطي الغير فوراً الحق في الإفادة الحاصلة. . . وليس من مجال لتطبيق المادة 932 التي تنص على أن الهبات يجب أن تكون مقبولة في حياة الواهب، ولا المبادىء العامة التي تسوس تكوين العقود بقبول الإيجاب». انظر الاجتهاد الغزير المستشهد به DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 807، صفحة 173، التعليق 1. ـ B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1333 ـ J. MAZEAUD، الموجبات، الجزء II، المجلد 1، تأليف CHABAS، رقم 796. وكذلك LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 71 وما يليها، صفحة 81 وما يليها. ـ في صدد عرض شامل للحلول المقبولة في القانون القديم ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 116، صفحة 152.

مفعول تعزيزي وليس اكتسابياً[1]. فالمادة 1121 من القانون المدني التي تنص على أن «. . .من وضع هذا الاشتراط في وسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير إرادة الاستفادة منه» تحوي هذا الحل في شكل جرثوم[2]. ويمكن القول بهذا المعنى إن قبول المستفيد له مفعول رجعي مع أن الأمر لا يتعلق إلا بحشو[3].

على أن حكماً صدر عن الغرفة المدنية الأولى في 10 حزيران 1992 جرى تقديمه على أنه تنكر لهذه المبادىء[4]. ففي هذه القضية اكتتبت امرأة متزوجة بعقد تأمين ينص، في حالة الوفاة، على دفع رأس المال «إلى أحد الزوجين الباقي على قيد الحياة وإلاّ فلأولادهما وإلا فلفروعهما وإلا فللورثة». وتوفيت المرأة في حادث سير قبل ثلاثين دقيقة من زوجها ضحية الحادث عينه بدون أن يكون قد قبل الاستفادة من التأمين. فقاضى الأولاد المتحدرون من الزواج الأول للمرأة المؤمِّن لدفع رأس المال وابن أخ الزوج المتوفى وبنت أخيه لإعلان الحكم مشتركاً. وقد حكمت محكمة الاستئناف بالأخذ بهذه الادعاءات. وبتعبير آخر جرى اعتبار الأولاد المتحدرين من الزواج الأول كمستفيدين من الاشتراط من الدرجة الثانية، والزوج كمستفيد من الصف الأول وقد سبق أن توفي في حين أن ابن الأخ وابنة الأخت تدخلا بصفة ورثة الزوج. كان على المحكمة إذاً أن تبت بمسألة معرفة لمن تعود الإفادة من التأمين. وقد أعطت الأفضلية للمستفيدين من الصف الثاني وأيدت ذلك الغرفة المدنية الأولى بحجة «أن التقديم المضمون، إذا كان المستفيد مجانياً من عقد ينص على دفع تقديم لدى وفاة المؤمِّن قد توفي قبل قبوله، يعود إلى الأشخاص المعينين بصفة استطرادية وليس إلى ورثته؛ وأن Elie Marquois (الزوج) المستفيد من الصف الأول من الاشتراط المجاني الذي يحويه عقد 10 كانون الثاني 1983 توفي بعد زوجته، بدون أن يكون قد قبل هذا الاشتراط، وأن محكمة الاستئناف قررت بصواب عندما استنتجت أن رأس المال المنازع فيه يعود إلى المستفيدين من الصف الثاني».

ويمكن أن يكون أساس الحل المبدئي الذي اعتمدته محكمة النقض في المادة L.9-132، الفقرة 4 من قانون التأمينات وبموجبها «تخصيص المستفيد بصفة مجانية من تأمين

---

(1) B.STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عينه ـ LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 86، صفحة 98؛ ولاسيما الفقرة 98، صفحة 107؛ والفقرة 99، صفحة 109؛ القبول، في عرف المؤلف، ليس «سوى العدول عن حق العدول» ـ MALAURIE et AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 677، صفحة 378، وهما يبينان أن الاشتراط لصالح الغير يشذ عن المادة 1165 في القانون المدني.ـ كذلك DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 807، صفحة 173.

(2) TERRÉ, SIMLER et. LEQUETTE, Obligations، رقم 494، صفحة 381.

(3) انظر حول مفاعيل القبول الرقم 633 اللاحق.

(4) النشرة المدنية، I، رقم 174، صفحة 119؛ 1992، صفحة 493، تعليق J-L. AUBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، II، 22142، تعليق J. MAURY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 99، ملاحظة J. MESTRE.

على الحياة بشخص محدد يفترض أنه جرى تحت شرط وجود المستفيد في حقبة استحقاق رأس المال أو الدخل المضمون إلاّ أن يكون العكس ناتجاً عن نصوص الاشتراط».

على أن الوضع الواقعي كان خاصاً. فالمؤمِّن، أي المشترط توفي بالفعل قبل ثلاثين دقيقة من وفاة المستفيد المسمى أولاً، أي الزوج. والحال أن المادة المذكورة لا تتعلق بهذا الوضع الذي سبقت فيه وفاة المؤمِّن والمستفيد أو بقي المستفيد على قيد الحياة بعده. إن مبلغ التأمين يجب منطقياً أن يعود إلى ورثة المستفيد المعين من الصف الأول طالما أن المخاطر قد تحققت في حقبة كان فيها هذا المستفيد حيّاً. وبما أن الحل المعاكس هو ما اعتمدته محكمة النقض فإن السيد Aubert أخذ بأن «الحكم أضاف إلى القرينة أن التخصيص بصفة مجانية تم تحت شرط بقاء المستفيد على قيد الحياة بعد المؤمِّن شرط قبول الباقي على قيد الحياة بعد المؤمّن»[1]. ويبدو أن الغرفة المدنية الأولى جعلت من القبول شرطاً لوجود حق المستفيد. وصدرت عن السيد Mestre فرضية وبمقتضاها تأثّرت محكَمة النقض بالظروف الواقعية وأمِل أن «لا يعيد هذا الحكم النظر في أحد الاسنادات الرئيسية للاشتراطات لصالح الغير».

ويمكن الرد على هذه الانتقادات بأن عقد التأمين على الحياة هو عقد يتسم بصورة أساسية باعتبار شخص المستفيد. وهكذا يظهر حق قبول الاشتراط مرتبطاً بالشخص ولا ينتقل عن طريق الخلافة. وينجم عن ذلك أن وفاة المستفيد قبل قبوله يعادل غياب التسمية، ولا أهمية تذكر لأن يكون المشترط بقي حياً بعده أم لا. يضاف إلى ذلك أن المشترط، باللجوء إلى تسميات متعاقبة، توخى دمغ العقد بطابع النظر إلى الشخص. والإفادة من التأمين، بتعبير آخر، شخصية حصراً. ويغدو من غير الصحيح القول إن قبول المستفيد من تأمين على الحياة هو شرط لصحة العقد. فالمستفيد من الاشتراط هو من يعيَّن كائنٍ باعتباره مزوداً بحق رفضه؛ وعندما لا يكون هناك مستفيد على الإطلاق تعود موجودات الإيصاء التي وعد بها المؤمِّن إلى ورثة المشترط وليس إلى ورثة أحد من المستفيدين المتعاقبين، وفقاً للمادة L.11-132 من قانون التأمينات. فطبيعة عقد التأمين على الحياة إذاً هي التي تملي الحل بدون قلب المبادىء العامة للاشتراط لصالح الغير.

كما أن المستفيد الباقي على قيد الحياة ـ والاعتراض لا يستهان به ـ في حالة وفاة المؤمِّن قبل غيره يجب أن يمتلك، بسبب تحقق المخاطر، حقاً آنياً دخل ذمته المالية بمفعول وفاة المؤمِّن وحدها وأصبح في تركته.

ويبدو أن هذا الحل مع ذلك قد أدانته محكمة النقض.

وتستمر الغرفة التجارية، في مواد أخرى، في تطبيق المبادىء التقليدية في هذه المادة[2].

---

(1) الملاحظات ذاتها، المرجع عينه، صفحة 494، العمود الأول، رقم 1 في نهايته.

(2) 23 شباط 1993، المجلة الفصلية للقانون المدني 1994، صفحة 99، ملاحظة J-MESTRE (غير منشور في نشرة أحكام محكمة النقض).

من الصعب، في مفهوم صلب لمبدإ المفعول النسبي للعقود، فهم أن يكون بإمكان شخص وريث الاستفادة من مفاعيل عقد بدون أن يكون فريقاً فيه. وقد جرى استبعاد هذا الاعتراض منذ مدة طويلة إذ يرتكز على قراءة ضيقة جداً للمادة 1165 من القانون المدني. فمبدأ المفعول النسبي للعقود يحظّر فقط، من حيث المبدأ[1]، جعل الغير مديناً وليس جعله فريقاً في العقد. وهي لا تمنع، بالمقابل، جعل الغير دائناً: «المبدأ هو أنه لا يمكن العمل في كرة الغير للإضرار به»[2]. ولا يوجد بالفعل أيّ سيئة في الاعتراف للغير بالإفادة من حق لا يمكن أن يضرّ به حسب تعريفه[3]، وهو حر دائماً في الرفض[4]. وليست قاعدة المفعول النسبي سوى تدبير حماية الحرية الفردية التي لا تتعرض للخطر عند اجتماع هذين الشرطين[5].

ويبدو أن القاعدة التي لا تجعل رضا المستفيد شرطاً لصحة الاشتراط لم تعد عامة. وبالفعل تبنّت محكمة النقض، حديثاً، صحة اشتراطات تضع أيضاً ديناً على عاتق الغير[6] شريطة أن يبدي الغير قبوله. كما حكمت «بأن الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات». وبما أن الموجب الملقى على عاتق الغير هو بالضرورة غير قابل للفصل عن حقه، فيجب الاستنتاج من ذلك أن القبول يصبح شرطاً لصحة هذا النموذج من الاشتراط. ولم يعد القبول تعزيزياً وإنما اكتسابي وهذا ما يقبله اليوم بعض المؤلفين[7].

II ـ الشروط المتعلقة بشخص الغير المستفيد

620 ـ هل يجب تحديد الغير المستفيد في يوم إبرام العقد الصادر حقه عنه أم يجب أن يكون قابلاً للتحديد وحسب؟ تغطي هذه المسألة وضعين. يمكن، من جهة أولى، أن يكون المستفيد موجوداً بدون أن يكون المشترط قد سماه، ومن جهة أخرى يمكن أن يكون

---

(1) رأينا أن تطبيق مبدإ الحجية يمكن أن يقود إلى إجبار الغير بدون أن يكون قد أراد ذلك، انظر الرقم 374 السابق وما يليه.

(2) DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 764، صفحة 129.

(3) B. STAREK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1343 ـ G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، 1986، الكراسة 1، رقم 2 ـ WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 390، صفحة 688.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 100، صفحة 110 ـ DEMOGUE، المرجع عينه، صفحة 127 وصفحة 128. وكذلك الرقم 633 اللاحق.

(5) B. STARCK، تأليف G. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1311 ـ WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 399، صفحة 700.

(6) انظر الرقمين 630 و631 اللاحقين.

(7) TERRÉ, SIMLER et. LEQUETTE, Obligations، الطبعة الخامسة، موسوعة Dalloz، 1993، رقم 498، صفحة 384.

الغير مسمى بالاسم بدون أن يكون موجوداً في آونة الاشتراط[1]. لنتفحص على التوالي حالة الأشخاص غير المحددين ثم حالة الأشخاص المستقبليين.

أ ـ الأشخاص غير المحددين.

621 ـ الاشتراط لصالح شخص غير محدد غير قابل للفهم بداهة إلاّ في النادر[2]. على أنه ليس من الضروري، حسب الاجتهاد، أن يكون المستفيد مسمى بالاسم في العقد، يكفي أن يكون قابلاً للتحديد في اليوم الذي يجب أن يتلقى فيه الإفادة من الحق المشترط لصالحه[3]. وهذا الحل المقبول بالإجماع[4] يتيح حل صعوبتين، الغياب التام لتسمية المستفيد وعدم الدقة في تسميته.

622 ـ الغياب التام للتسمية لا يفسد صحة الاشتراط ما دام أن الغير سيسمى لاحقاً من قبل المشترط، وعلى أبعد تقدير في الآونة التي ينبغي فيها أن ينتج الاشتراط مفاعيله[5].

صدر بعض الشكوك حول فعالية اشتراط كهذا عندما يشترط المشترط لنفسه، واحتمالياً للغير، فيكوّن العنصر القصدي مفقوداً[6].

إن الملاحظة ليست مجردة من مناسبة الصلة بين الحجة والموضوع، بيد أن الأمر يتعلق، كما يلاحظ المؤلفون[7]، في الحقيقة بمسألة نية. بإمكان المشترط أن يكتسب لنفسه، بدون أن يكون قد أراد ذلك، حقاً ونقله بعد ذلك، بأن يشترط فقط للغير مع الاحتفاظ بالإمكانية في أن يسمى لاحقاً الشخص المستفيد. يبقى أن الحق المنشأ، في هذه الفرضية

---

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 128 وما يليها، صفحة 137 وما يليها.

(2) انظر G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البندين 1121 و1122، الكراسة 1، رقم 94 وما يليه. وكذلك LAMBERT، الأطروحة السالفة الذكر، الفقرة 129، صفحة 138 وما يليها.

(3) النقض المدني، 28 كانون الأول 1927، D.H. 1928، 135 ـ حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 18 نيسان 1961، D.1961، 448.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً الفقرة 129 وما يليها، صفحة 138 ـ DEMOGUE, Obligations، رقم 830 وما يليه، صفحة 201 وما يليها، ولا سيما رقم 835، صفحة 207 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 367، صفحة 473 ـ B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1330 ـ FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة 1990، رقم 466 ـ A. PONSARD المذكور سابقاً، رقم 49. إضافة إلى WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 410، صفحة 718 ـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 152، صفحة 349 وما يليها.

(5) Ch. LARROUMET, Les obligations: Le contrat، رقم 810.

(6) TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligagtions، رقم 509، صفحة 389 ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 106. انظر الرقم 617 السابق حول ضرورة نية الاشتراط لصالح الغير.

(7) المرجع عينه.

الأخيرة حتى التسمية الفعلية للمستفيد، يظل بدون حائز، «مما يشكل استحالة مفهومية»[1].

وتطرح عندئذ مسألة معرفة ما إذا كان هذا الحق يدخل أولاً ذمة المستفيد المالية،على الاقل لفترة من الزحف. وتكون النتيجة، حتى تسمية الغير، أن القيمة التي يعد بها الواعد يمكن أن يخشاها دائنو المشترط[2].

وتتيح تقنية الاشتراط لصالح الغير تذليل هذه السيئة. وبالفعل تتم تسمية الغير المستفيد رجعياً[3]، وقبول المستفيد هو رجعي على وجه الخصوص[4]. فلا يملك دائنو المشترط بالتالي أي حق على القيمة الموعود بها[5]. وقد كرس قانون 13 تموز 1930 هذا المبدأ في مادة التأمينات[6].

ولا تتطلب تسمية المستفيد أي شكلية. فالمادة L.8-132 الفقرة 8 من قانون التأمينات تستهدف بلا تمييز الملحق الإضافي للعقد، وشكليات المادة 1690 من القانون المدني المتعلقة بالتنازل عن العقد، والتظهير عندما تكون وثيقة التأمين لأمر، والأحكام الإيصائية. وهذا التعداد بياني فقط. وهكذا نقضت حكم محكمة النقض حكم محكمة استئناف برفض جعل مفعول لتعديل تسمية المستفيد التي تمت بمجرد مراسلة بحجة أنه لم يكن ثمة أي ملحق إضافي موقع. والوثيقة التي استخدمها المشترط، في عرف محكمة النقض، ليست لها أهمية تذكر، لأن تعديل اسم المستفيد قابل للاحتجاج به في وجه المؤمّن «ما دام أنه يعبر بصورة أكيدة وغير ملتبسة عن إرادة المشترط وأن شركة التأمين كانت على علم به قبل القيام بدفع رأس المال»[7]. ومن المقبول أن لهذه المبادىء مدى عام[8].

ويمكن، عندما تكون تسمية المستفيد اللاحقة مستحيلة، عقب حدث فجائي، وفاة المشترط مثلاً، تقدير أن الاشتراط لا يمكن أن ينتج مفاعيله، إلاّ أن يتم قبول أن الإفادة من الاشتراط تعود إلى المشترط.

---

(1) FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 467، وهما يستخدمان هذا التعبير في صدد الاشتراط لصالح أشخاص مستقبليين الذي له أيضاً أرضية انتقاء في ما يتعلق بالغياب التام لتسمية المستفيد.

(2) H .- L- J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 784.

(3) المرجع عينه.

(4) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 152، صفحة 350. لاحظ المؤلف أن الرجعية هي تفسير مرض في ما يتعلق بالأشخاص غير المحددين. ويتعذر، بالمقابل، الأخذ بها للأشخاص المستقبليين. فلا يمكن أن يرجع الحق إلى يوم إبرام العقد، لأن المستفيد، حسب التعريف، غير موجود. والقبول يرجع إذاً «إلى اليوم الذي يمكن أن ينشأ فيه الحق لصالحه». انظر كذلك الرقم 624 اللاحق وما يليه.

(5) النقض المدني، 4 أيار 1904، S. 1904، 1، 385، تعليق Ch. LYON-CAEN.

(6) المادة L.12-132 (المعدلة بالقانون رقم 81 ـ 5، 7 كانون الثاني 1981) من قانون التأمينات.

(7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 أيار 1980، النشرة المدنية، I، رقم 146، صفحة 118.

(8) انظر G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 108.

وهذا الحل مأخوذ به صراحة في مجال التأمين على الحياة. فالمادة L.11-132 من قانون التأمينات تنص على أن «رأس المال يشكل جزءاً من التركة» في غياب تسمية المستفيد[1]. ويبدو أن هذا المبدأ يمكن تعميمه[2]. والإنصاف، فضلاً عن ذلك، هو إلى جانب هذا التوسع. والأمر يتعلق بمنع الواعد من التملص من موجباته بذريعة أنه لا يمكن لأي أهل للحق أن يجني الإفادة من الموجب.

623 ـ تعتبر التسمية العامة والمجردة التي تسند إلى صفة المستفيد كافية إذا كان من الممكن تفريد الغير في اليوم الذي يجب أن ينتج الاشتراط مفاعيله.

هذا النمط من التسمية الذي يوصف أحياناً بغير المباشر لأنه يتم عن طريق الصفات وحدها التي أعلنها المشترط[3] صحيح. ويكفي بالتالي أن تكون تسمية المستفيد ممكنة لكي ينتج الاشتراط مفاعيله[4]، مما يضفي على الإوالية مرونة استعمال كبيرة. ويملك قضاة الأساس سلطة سيدة لتحديد المستفيد من الاشتراط عندما تكون تسميته غير دقيقة[5]. ويمتنع عليهم فقط تشويه المستندات التي يبنون أحكامهم عليها.

وتكرست هذه الحلول في مجال التأمينات لحساب الغير والتأمينات على الحياة في قانون 13 تموز 1930 الذي أصبح مقنناً. وتستهدف المادة L.1-112 من قانون التأمينات، في التأمينات لحساب الغير، «المستفيد المعروف أو المحتمل لهذا البند»[6]. والمادة 63 من القانون التي أصبحت المادة L.8-132 من قانون التأمينات[7] تضفي الصحة صراحة على التأمين على الحياة لصالح الأشخاص المحددين بما فيه الكفاية فقط. وحسب هذا النص «يعتبر الاشتراط، الذي يخصص الإفادة من التأمين بشخص أو عدة أشخاص محددين بما في الكفاية، بدون أن يعينوا اسمياً، في هذا الاشتراط لتحديد هويتهم في آونة استحقاق رأس

---

(1) انظر في شأن تطبيق هذه القاعدة: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 شباط 1983، D.1983، صفحة 356 من التقرير؛ النشرة المدنية، I، رقم 63، صفحة 55. ويخضع رأس المال في هذه الحالة للحقوق في الخلافة، طالما أنه يشكل جزءاً من ذمة المتوفى المالية.

(2) انظر في هذا الاتجاه H-L. J. MAZEAUD المذكوران سابقاً، رقم 786.

(3) انظر PONSARD، مصنف الاجتهاد، فهرس الكتابة العدل، الرقمين 1121 و1122، الكراسة C-7، 1975، رقم 53 ـ PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 504، صفحة 787.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 نيسان 1961، النشرة المدنية، I، رقم 208، صفحة 163؛ الجدول المقدي 1060 ـ 1969، V التعاقد لصالح الغير، رقم 5، صفحة 6109.

(5) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 نيسان 1978، النشرة المدنية، I، رقم 138، صفحة 110، في ما يتعلق بتفسير التعبير «وريث» ومسألة معرفة من كان المقصود بالإسناد إلى هذه الصفة.

(6) انظر PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 265 وما يليه، صفحة 409 وما يليها. انظر في ما يختص بالاجتهاد السابق لقانون 13 تموز 1930، LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 131، صفحة 141 وما يليها.

(7) المعدلة في آخر المطاف بالقانون رقم 81 ـ 5، 7 كانون الثاني 1981، L.D.81، صفحة 47.

المال أو الدخل المضمونين، أنه حصل لصالح المستفيدين المحددين فيه». وهكذا جرى الحكم بأن تسمية حامل نسخة صالحة للتنفيذ كمستفيد من رأس المال الوفاة تحوي تسمية مستفيد محدد بمعنى قانون 13 تموز 1930[1].

بيد أن تسمية عامة إلى حد كبير بحيث تحول دون تحديد المستفيد أو المستفيدين هي بدون مفعول ذلك بأنه يصبح من المستحيل استبدال إرادة المشترط. والمثال المستشهد به عموماً يتعلق بالاشتراط الذي يكون فيه عبء دفع المبالغ للفقراء وأعمال البر بدون تحديد آخر على عاتق الواعد[2].

ولا تثير إمكانية الاشتراط لصالح أشخاص غير محددين أي صعوبات خاصة. والأمر خلاف ذلك في ما يتعلق بالأشخاص المستقبليين ولو كانوا محددين.

ب ـ الأشخاص المستقبليون.

624 ـ طرحت، في صدد الأولاد الذين سيولدون والمبرات، مسألة معرفة ما إذا كان الاشتراط لصالح الغير صحيحاً حتى معقولاً، ذلك بأن المستفيدين من اشتراط كهذا ليسوا موجودين في يوم إبرام العقد.

625 ـ الاشتراط لصالح الغير الذي يحقق هبة لصالح الأولاد الذين سيولدون.

كان الاجتهاد، قبل قانون 13 تموز 1930، يبطل عقود التأمين على الحياة التي تحوي اشتراطاً لصالح الأولاد الذين سيولدون، أي الذين لم تحبل بهم امهم بعد[3]. وكان من شأن هذا المذهب أن يقود إلى الإبطال الجزئي للاشتراطات الجارية في الوقت عينه لصالح المولودين والأولاد الذين سيولدون. إلاّ أن الاجتهاد لم يقم بهذا التفريق الذي يمليه المنطق، وكان، في آخر حالة، يبطل الاشتراطات المتضمنة هاتين الفئتين من المستفيدين

---

(1) حكم الغرفة المدنية التجارية في محكمة النقض، 14 شباط 1972، النشرة المدنية، IV، رقم 57، صفحة 57.

(2) COLIN et CAPITANT, Traité de droit civil، تأليف JULLIOT DE LA MORANDIÈRE، الجزء II، 1959، رقم 996، وقد استشهد بهما على وجه الخصوص A.PONSARD المذكور سابقاً، رقم 49 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 509، صفحة 389، ويرون مع ذلك أن التسمية صحيحة إذا كانت تحدد أن الاشتراط تم «لصالح فقراء بلدية معينة، لأن هؤلاء الفقراء ممثلون قانوناً بمكتب المساعدة الاجتماعية»: PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 367، صفحة 473، التعليق 1، اللذان يقبلان «مع ذلك أن بإمكان المشترط أن يقاضي للتنفيذ أو الفسخ ضد الواعد». وبالطريقة عينها، حسب M. LEGIER، يكون الاشتراط الذي يتم لأفراد الأسرة غير فعال ذلك بأن الأسرة ليست مفهوماً قانونياً، صفحة 103. أضف إلى ذلك: حكمْ الغرفة المدنية الأولى فيْ محكمة النقض، 10 آذار 1965، النشرة المدنية، I، رقم 184، صفحة 137، الذي رفض لبعض الغير حق التمسك بادعاء اشتراط للغير لأن المشترط لم يحدده.

(3) النقض المدني، 7 شباط 1877، D.77، 1، 137؛ S.77، 1، 393 ـ حكم غرفة العرائض، 7 آذار 1893، D.94، 1، 77؛ S.94، 1، 161، تعليق LABBE ـ النقض المدني 24 شباط 1902، S. 1902، 1، 165. أضف إلى ذلك PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 305، صفحة 788 وصفحة 789.

كلها[1]. وكانت الاشتراطات لصالح المولودين أو على الأقل الأجِنّة هي المسموح بها[2]. وكانت هذه الحلول ترتكز على التفسير الحرفي للمادة 906 من القانون المدني التي تنص على أن يكون ثمة حمل في آونة الهبة. وانتقد الفقه هذا الاجتهاد الذي يشكل مكبحا أمام نمو التأمين على الحياة[3].

وقد أدانت المادة 63، الفقرة 2، من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة L.8-132 من قانون التأمينات، هذا الاجتهاد إذ بينتْ أن «أولاد المتعاقد أو الذين سينجبهم والمؤمَّن أو أي شخص آخر معين» يعتبرون أيضاً مستفيدين قانوناً.

وبالتالي يعتبر التأمين على الحياة المكتتب به لصالح من سيولد صحيحاً اليوم بلا جدال. ويكفي أن يكون الولد مولوداً أو جنيناً في اليوم الذي ينتج فيه الاشتراط مفاعيله، بدون أن يكون من المفيد أن يكون ذلك في يوم إبرام عقد التأمين. والحل المقبول أخيراً مشابه للحل المعتمد في حالة عدم تحديد الغير المستفيد[4].

يبقى أن أحكام قانون التأمينات تختص بهذه المادة. فهل من المناسب أن تمتد إلى جميع الاشتراطات التي يكون المستفيد فيها شخصاً مستقبلياً؟ أليس من الواجب أن تعتبر استثناء وأن تفسر، بهذه الصفة، تفسيراً ضيقاً؟ لقد تبنى المؤلفون الذين عالجوا هذه المسألة مفهوماً توسعياً معتبرين أنه لا مجال للتفريق بين عقد التأمين والاشتراطات الأخرى لصالح الغير[5]، ولا يبدو أن الاجتهاد قد بت بهذه الصعوبة. إن دراسة الاشتراطات لصالح الغير لمصلحة أشخاص معنويين غير موجودين ينبغي أن تتيح تأمين عناصر تفكير أخرى.

---

(1) حكم غرفة العرائض، 7 آذار 1893، المذكور سابقاً. انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 139، صفحة 150.

(2) DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 840، صفحة 211.

(3) انظر على وجه الخصوص LAMBERT، الأطروحة السابقة الذكر، الفقرة 242، صفحة 153. وكذلك DEMOGUE المذكور آنفاً، رقم 841، صفحة 212 ـ PICARD et BESSON، المرجع عينه ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 58 وما يليه. وكذلك: H-L. J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 785.

(4) انظر الرقمين 622 و623 السابقين.

(5) MARTY et RAYNAUD, Obligations، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، 1988، رقم 286، قاعدة قانون التأمينات بالنسبة إليهما «يجب أن تعم لأن المادة 906 لا يمكن أن تطبق عندما ينتج التبرع عن اشتراط لصالح الغير». ويتمسكان دعماً لرأيهما بالمادة 1082 من القانون المدني التي تسمح بالاستخدام العقدي لصالح الأولاد الذين سيولدون من الزواج. غير أن هذا النص يمكن أن يفهم كاستثناء للمبدإ .ـ MALAURIE et AYNÈS Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 676، صفحة 378 ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 105 ـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 152، صفحة 350 ـ Ch. LARROUMET، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، الاشتراط لصالح الغير، 1976، رقم 22.

626 ـ الاشتراط لصالح الغير لمنفعة أشخاص معنويين غير موجودين: المبرّات في طور الإنشاء.

يبدو أن محكمة النقض، على عكس ما سبق أن حكمت به في ما يتعلق بالاشتراطات لصالح الذين سيولدون، تبنت صحة الاشتراطات لصالح مبرات معدة للإنشاء لاحقاً لوفاة المشترط[1]. فما سبق أن رفضته من جهة أعطته من جهة أخرى. وفي الواقع لم تقبل أبداً، على الأقل بصورة مباشرة، الاشتراط لصالح الغير لمنفعة شخص معنوي غير موجود بعد. كانت تفرق بين التبرع بحصر المعنى والعبء الذي يثقله[2]. فالتبرع لا يمكن على الإطلاق أن يفيد منه شخص لم تحبل به الام بعد، غير أن هذا الشخص يمكن أن يسمى كمستفيد من العبء المفروض على الواعد[3].

إذن يمكن فقط في ما يختص بالعبء الكلام، احتمالياً، على الاشتراط لصالح الغير لمنفعة شخص مستقبلي. وكان لاجتهاد القرن التاسع عشر نوع من التماسك بخلاف الرأي المعبر عنه عموماً. بيد أنه من غير الأكيد أن اللجوء إلى نظرية الاشتراط يشكل تفسيراً إجمالياً مرضياً.

وبالفعل كان للمشترط في الغالب صفة خلف كلي، مما يضفي عليه صفة متابع للمتوفى[4]. وبتعبير آخر كان بديلاً عنه بلا قيد أو شرط[5]. ولا يتم إنشاء المبرات إذاً عن طريق تقنية الاشتراط لصالح الغير طالما أن الإوالية المستخدمة لا تتوسل ثلاثة أشخاص بصفات مختلفة. ولم يكن المدين بالعبء ملزماً استناداً إلى الاشتراط لصالح الغير وإنما بسبب الصفة الكلية للنقل[6]. ولأن الموهوب له أيضاً كانت له صفة الخلف الكلي كان من المعقول أن يمتص العبء كلية موجودات الإيصاء حتى أن يتجاوزها[7].

وكان الاجتهاد أخيراً يلجأ فقط إلى حيلة لإتاحة إنشاء المبرات الذي يتعذر تفسيره عن

---

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 141، صفحة 153، ولاسيما الفقرة 326 وما يليها، صفحة 358 وما يليها ـ M.PICARD, La stipulation pour autrui et ses principales applications، أعمال رابطة H. Capitant، الجزء VII، 1952، صفحة 272. وكذلك: DEMOGUE Obligations، الجزء VII، رقم 842، صفحة 214.

(2) MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه.

(3) انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 335 وما يليها، صفحة 372 وما يليها ـ النقض المدني، 21 حزيران 1870، S.70، 1، 367، تقرير DAGALLIER؛ D.P. 1871، 1، 97 ـ حكم غرفة العرائض، 8 نيسان 1974، S.24، 1، 258؛ D.76، 1، 225 ـ النقض المدني، 5 تموز 1886، D.90، 1، 241، وبناء على إحالة حكم محكمة استئناف Angers، 22 حزيران 1887، S.92، 1، 241 ـ حكم محكمة استئناف باريس، أول تموز 1926، D.P.1928، 2، 121، تعليق SAVATIER.

(4) انظر R.DECOTTIGNIES، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الخلف، رقم 8.

(5) انظر أيضاً CARBONNIER, Obligations، الجزء IV، الطبعة السابعة عشرة الفقرة 128 والفقرة 322.

(6) انظر CARBONNIERالمذكور آنفاً، الفقرة 118.

(7) انظر LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 240، صفحة 375 وصفحة 376.

طريق تقنية الاشتراط لصالح الغير[1]، ولم يكن ذلك عن طريق الإسناد إلى الهبات مع أعباء وحسب. فهل يعني ذلك القول إن الاشتراط لصالح الغير الموجه مباشرة إلى مبرة مستقبلية هو مستحيل؟ لقد جرى ادعاء ذلك[2].

إن هذا الجدل أصبح بلا فائدة. وبالفعل يجيز قانون 4 تموز 1990، الذي أنشأ مبرات المقاولة وعدل أحكام قانون 23 تموز 1987 حول إنماء رعاية الآداب والعلوم والفنون المتعلق بالمبرات، الإيصاء لصالح مبرة غير موجودة[3]. فالمادة 18 ـ 2 من قانون عام 1987 تنص على أن «الإيصاء يمكن أن يكون لصالح مبرة غير موجودة في يوم فتح التركة شريطة أن تحصل، بعد معاملات التأسيس، على الاعتراف بالمنفعة العامة». وتحدد الفقرة الثانية من النص عينه أن: «الاعتراف بالمنفعة العامة ينبغي، تحت طائلة بطلان الإيصاء، أن يودع السلطة الإدارية الصالحة في السنة التالية لفتح التركة».

يقتضي إذاً أن يكون من الممكن اليوم الاشتراط لصالح مبرة معدة للتأسيس طالما أنه يمكن أن تكون مستفيدة من إيصاء ما[4]. ومن المشكوك فيه، بما أن القانون رفع العقبة الرئيسية أمام إنشاء المبرة باستبعاد تطبيق المادة 906 من القانون المدني، أن يكون اللجوء إلى تقنية الاشتراط لصالح الغير كثير الاستخدام.

هل يمكن مع ذلك تعميم هذا الحل وقبول أن جميع الاشتراطات لصالح أي شخص معنوي، غير الموجود في يوم الاشتراط، ينبغي إعلانها مشروعة؟

لا شيء أقل تأكيداً من ذلك. وبالفعل، في عرف محكمة النقض، أن المادة 906 من القانون المدني التي تحظر التبرعات لصالح أشخاص غير موجودين هي مبدأ أساسي لقانوننا. وقد أكدت ذلك، قبل قانون 4 تموز 1990، في حكم مبدئي صدر في 27 تموز 1987[5]: «ينجم عن المادة 906 من القانون المدني التي تجسد المبدأ الأساسي الذي بمقتضاه لا يمكن أن توجد حقوق بدون أهل للحق ان الإيصاء إلى إحدى المبرات في يوم وفاة المتصرف باطل». إن محكمة النقض طبقت على الأرجح القول المأثور الاستثناء يجب ان يكون في حدود القانون.

---

(1) على نقيض ذلك، LAMBERT، الأطروحة الآنفة الذكر.

(2) قارن بـ J. LEONNET، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية V المسيرة، 1972، رقم 38.

(3) انـظـر: Ch. DEBBASCH, Le nouveau statut des fondations: fondations d'entreprises et fondations classiques، D.1990، العرض، XLVII، صفحة 269 وما يليها.

(4) انظر Ch. DEBBASCH، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V، المبرات، 1992، رقم 64 وما يليه.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 تموز 1987، النشرة المدنية، I، رقم 258، صفحة 187.

وهذه الاعتبارات تتيح أيضاً حل حالات الاشتراط لصالح أشخاص طبيعيين غير موجودين[1].

وبتعبير آخر ينبغي، في غياب أحكام شاذة، أن يكون الغير موجوداً في يوم تكوين الاشتراط لصالح الغير

الفقرة 2 ـ مفاعيل الاشتراط لصالح الغير

627 ـ تنشأ ثلاث علاقات قانونية في ما يتعلق بعملية مثلثة بين ثلاثة أشخاص. تختص الأولى بالواعد والغير المستفيد، والثانية بالواعد والمشترط، والثالثة بالمشترط والغير المستفيد.

I ـ العلاقات بين الواعد والغير المستفيد

628 ـ يمتلك الغير المستفيد منذ إبرام العقد حق دين مباشر ضد الواعد، بيد أن هذا الحق هو في تبعية العقد الصادر عنه.

أ ـ حق الدين المباشر ضد الواعد.

629 ـ ينشىء الاشتراط لصالح الغير حقاً لصالح المستفيد. ويمثل هذا الحق خاصية أن يكون جديداً ومباشراً ضد الواعد، قبل أن يعلن الغير إرادته في الإفادة منه. على أن قبوله لا غنى عنه لتوطيد هذا الحق.

630 ـ أعاد الاجتهاد الأحدث لمحكمة النقض النظر في المبدإ الذي بمقتضاه يكتسب الغير المستفيد حقاً دين (حر وخالص من أي أعباء)[2].

كانت محكمة النقض لمدة طويلة تحكم بأن «الاشتراط لصالح الغير لا ينشىء سوى حق لصالح الغير وليس إلقاء عبء موجب على عاتقه مشترط خارجياً عنه[3]». إن قراءة حرفية

---

(1) انظر الرقم 625 السابق.

(2) B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الثانية، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1277، صفحة 444؛ لم يؤكد المؤلفان في الطبعة الثالثة (رقم 1277) هذا المبدأ بالنسبة إلى التطور الاجتهادي؛ وكذلك في الطبعة الرابعة (رقم 1338، التذكير بالقاعدة القديمة). أضف إلى ذلك: L. AYNÈS, La cession de contrat، أطروحة في باريس، 1984، منشورات Economica، مقدمة P. MALAURIE، رقم 179، صفحة 130 ـ FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 4.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 10 نيسان 1973، النشرة المدنية، III، رقم 273، صفحة 197؛ D.1974، 21، تعليق Ch. LARROUMET فهرس Defrénois، 1974، البند 30547، صفحة 291، ملاحظة J-L. AUBERT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 كانون الأول 1978، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة IV، 72.

لسبب التسويغ هذا تقود إلى الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير كان غير قابل لوضع دين على عاتق المستفيد. وهذا المبدأ، المؤيد عموماً، كان مسوّغاً باللجوء إلى قاعدة المفعول النسبي للعقود وإلى الحرية الفردية، إذ لا يستطيع أحد الدخول في كرة حرية الغير للاعتداء عليها[1].

على أن بعض المؤلفين نادى بالاعتراف للاشتراط لصالح الغير بوظيفة أكمل. فيمكن أن يكون عند ذلك «نمطاً عاماً لتكوين العقود لحساب الغير»[2]. ذلك كان رأي Demogue في عام 1933[3]. والاشتراط لصالح الغير في هذا المفهوم قابل لوضع دين على عاتق الغير.

ولم يكن لهذه الاقتراحات حتى حقبة حديثة أي صدى لدى الاجتهاد. ولم يكن من المقبول وضع دين على عاتق الغير حتى صدور حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض في 21 تشرين الثاني 1978[4].

كانت إحدى شركات نقل الأموال[5] (SPS) قد تعهدت بوضع عربات مصفحة في تصرف أحد المصارف (CCF) لتلقي ناتج إيرادات أحد المخازن (SOGARA) وإرسالها. وقد سرقت الأموال في إحدى المرات فادعت الشركة SOGARA على الناقل لدفع العطل والضرر، وأخذ قضاة الواقع بهذا الادعاء إذ رأوا أن الاتفاقية المبرمة بين المصرف والناقل تحوي اشتراطاً لصالح الغير ولمصلحة الشركة SOGARA.

وتقدم الناقل بطعن للنقض، وتمسك، على وجه الخصوص، بأن الاشتراط لصالح الغير يمكن فقط أن ينشىء حقاً لصالح الغير بدون أن يضع على عاتقه عبء موجب، ولم تكن الحال كذلك طالما أن الشركة SOGARA عليها تسديد ثمن النقل.

وردت محكمة النقض سبب الطعن بحجة أن محكمة الاستئناف «تمكنت من اعتبار العقد (بين CCF وSPS) ينشىء حقاً لصالح الشركة SOGARA ومن قبول أن هذه الاتفاقية المبرمة لصالح CCF ولصالح SOGARA تحوي اشتراطاً لصالح الشركة SOGARA، ولا يستبعد واقع أن العقد يضع تسديد الفواتير على عاتق SOGARA التي قبلت ذلك وجود اشتراط لصالح الغير».

---

(1) انظر الرقم 619 السابق والتعليقات.

(2) FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 106، صفحة 140.

(3) Obligations، الجزء VII، رقم 864. ومن المهم ملاحظة أن المؤلف لا يدرس حق المستفيد وإنما «حقوق الغير المستفيد وموجباته» (رقم 807، صفحة 173) ويرى أن «الغير ملزم بالأعباء المتلازمة مع الحق الذي قبله» (رقم 812، صفحة 182، مستشهداً فقط لدعم هذا التأكيد بحكم أجنبي؛ Liège، 23 أيار 1869).

(4) النشرة المدنية، I، رقم 356، صفحة 276؛ D;1979، صفحة 363 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR؛ D.1980، صفحة 309، ملاحظة C. CARREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، IV، صفحة 37؛ 1980، II، 19315، تعليق RODIÈRE؛ فهرس Defrénois، 1979، صفحة 1176، ملاحظة J-L. AUBERT، وكذلك G. VENANDET, La stipulation pour autrui avec obligation accéptée par le tiers bénéficiaire، مصنف الاجتهادات الدوري 1989، I، 3391؛مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة Not، I، صفحة 11.

وكان هذا الحكم موضع انتقاد. أنه يتنكر للخصائص الأساسية للاشتراط لصالح الغير ولاسيما تطلب توافق الإرادة الضروري بين المشترط والواعد، وهذا التوافق لا يستخرج من أسباب التسويغ التي تبنتها محكمة النقض. كما أن المحكمة بالتمسك بمفهوم المصلحة تبنت مفهوماً قديماً لشروط الاشتراط لصالح الغير». والمحكمة، فضلاً عن ذلك، حمّلت المستفيد عبء دين. وتنكرت المحكمة أخيراً للطابع الحقيقي لعقد النقل وهو «عقد ثلاثي الأشخاص بمنجى بطبيعته وبتقنيته من أحكام المادة 1165 من القانون المدني، ويتميز عن الاشتراط لصالح الغير وبرابطة الغير بصورة أكثر وبدفع أكبر في سياق مختلف مراحله، ويتوافق مع تضامن المصالح المقحمة»[1].

غير أن أحد المؤلفين سوّغ هذا الحكم ببيان أن ثمة علاقة عقدية مزدوجة، من جهة أولى بين المشترط والغير المستفيد، ومن ثانية بين الواعد والغير. والحال أن الدين على عاتق الغير ناجم عن العقد الأول مما لا يتعارض مع أن يتراكب إشراط لصالح الغير مع هذه العلاقة العقدية[2].

من الصحيح، في مفهوم تقليدي للاشتراط لصالح الغير، أن هذا الحكم يبدو منطوياً على مغالطة، غير أنه يمكن أن يعتبر حكم حالة خاصة.

بيد أن محكمة النقض، في حكم آخر صدر في 8 كانون الأول 1987[3]، استمرت في هذه الطريق.

فقد باعت Safer de Lorraine، في عقد بتاريخ 5 تشرين الأول 1972، السيدة Lebert قطعة أرض. وكان العقد يحوي تعهد الشارية بأن تهب ابنها Jaques Lebert قطعة الأرض، خلال خمس سنوات، شرط أن يحتفظ بالعقار مدة خمس عشرة سنة وأن يستثمره شخصياً. وفي عقد آخر في اليوم نفسه تم تأجير العقار للسيد Jaques Lebert الذي ترك الاستثمار لاحقاً. وفي أول كانون الأول 1978 باعت السيدة Lebert ثانية Safer العقار. فادعى ابنها في عام 1979 عليها بأن تدفع، بصفة تعويض، قيمة العقار الذي كان من المفروض أن يتلقاه كهبة. وأخذت محكمة استئناف نانسي بهذا الادعاء بالحكم بأن المدعي كان المستفيد من اشتراط لصالح الغير.

وقدمت السيدة Lebert طعناً لنقض الحكم، وتمسكت في الفرع الأول من دعمها بأن «العقود لصالح الغير باطلة وأن الاشتراط لصالح الغير، إذا كان من الممكن أن ينشىء حقاً لصالح الغير، فلا يمكن أن يلقي على عاتقه موجباً ولا أن يفرض عليه تحظيرات تشترط

(1) ملاحظة C. CARREAU، المرجع عينه. أضف إلى ذلك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 374.

(2) ملاحظة J-L. AUBERT، المرجع عينه.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 343، صفحة 246. وكذلك D.R MARTIN, La stipulation de contrat pour autrui، D.1994، صفحة 145 وما يليها من العرض.

خارجاً عنه، والاشتراط لصالح الغير بالتالي لا يمكن أن يكون موضوعه وعدا بالهبة لصالح الغير «مقترناً بعبء وببند لاقابلية التصرف مشترطين خارجاً عنه» ».

وجرى رد الطعن بحجة أن «الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات؛ وأن السيدة Lebert، إذ قبلت، بعد أن رفضت، كما تعهدت به، أن تعطي قطعة الأرض ابنها الذي أبدى نيته في حيازتها ولجأت على العكس إلى بيعها، سببت له ضرراً عليها التعويض عنه». وخلصت محكمة النقض إلى القول «إن محكمة الاستئناف اعترفت بصواب بصحة هذا الاشتراط لصالح الغير». إذن أيدت محكمة النقض، قانوناً، محكمة الاستئناف في قبول صحة الاشتراط لصالح الغير مع عبء. ومن المعروف، بالفعل، ان عبارة «بصواب» تعني أن محكمة النقض مارست رقابتها القانونية على تعليل الحكم المحال إليها[1].

وأخيراً قبلت محكمة النقض ـ على الأقل الغرفة المدنية الأولى ـ صحة الاشتراط لصالح الغير مع وضع دين على عاتق المستفيد، مما يقود إلى التفكير في أن الاشتراط لصالح الغير يتيح إبرام عقد لصالح الغير.

631 ـ يتيح الاشتراط لصالح الغير مع عبء إبرام عقد حقيقي لصالح الغير.

إن التحقق من هذا التأكيد يفترض تعريف مفهوم «العقد لصالح الغير» مسبقاً.

وفي عرف أحد المؤلفين، «إبرام عقد لصالح الغير يعني إبرام اتفاقية ببعض مفاعيلها على الأقل مخصص لشخص غائب عن إبرامه»[2]. ويتطلب هذا التفريق التحديد بدقة ذلك بأنه قابل لمعانٍ عديدة.

وبالفعل يمكن الاستنتاج منه أن العقد لصالح الغير يقتصر مفعوله على وضع الغير مكان أحد المتعاقدين الأصليين[3]. ويمكن، على العكس، التقدير، بدون العمل عن طريق الاستبدال، ان الغير يتخذ صفة مختلفة عن صفة كل من المتعاقدين الأصليين. ويكون الرباط القانوني الناشيء عن العقد عندئذ متميزاً عن الرباط الموجود سابقاً، ولو كان ذلك خارج جوده وبدون رضاه. إنه ينضم، في شكل، ما إليه بدون أن يكون ملتبساً معه. وبتعبير آخر لا يأخذ الغير مكان الواعد مع علاقاته بالمشترط. ويبقى حصراً مرتبطاً بالواعد، غير أن العلاقات الملزمة تامة بمعنى أن موجباً ما يضاف إلى الحق الذي يملكه. ويغدو مفهوم العقد لحساب الغير أكثر حصراً. إن له وصفاً وسيطاً بين العقد لصالح الغير عن طريق الاستبدال،

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 469.

(2) G. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1، صفحة 1.

(3) إنه التحليل الذي اعتمده السيد AYNÈS (الأطروحة السالفة الذكر، رقم 169، صفحة 125، ولاسيما الرقم 186، صفحة 134) وفي عرفه أن الغير فريق متعاقد. والوسيط الذي انقاد إلى القيام بدوره في تكوين العقد مع الغير بمنجى، في النهاية، عندما يوافق هذا الغير على العملية. غير أن المؤلف يستبعد من هذا الرسم البياني الاشتراط لصالح الغير طالما أن الغير المستفيد، في عرفه، لا يكتسب صفة المتعاقد.

التنازل عن العقد[1]، على افتراض أن هذا التنازل ممكن[2]، والعقد المتعدد الأشخاص. وهذا التعريف للعقد لصالح الغير هو الذي سيتم تبنيه.

ويمكن بالفعل، في هذه الرؤية، الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير يحقق عقداً لصالح الغير. ويبدو، فضلاً عن ذلك، أنه الوضع الذي أتاح الفرصة لحكم 21 تشرين الثاني 1978[3]، وإذا ما استبعدنا التفسير المستخرج من العقد بين SOGARA والناقل SPS بأنه لا شيء يدعو إلى الافتراض في قراءة الحكم وكذلك الوصف المدعى به المتحدر من عقد ثلاثي الأشخاص الذي لا يشكل موضوع أي سبب تسويغ نتبين أن الغير المستفيد لم يتم استبداله بالواعد ولم يكن ملزماً تجاه المشترط.

وبالفعل لم تكن الشركة SOGARA ملزمة إلاّ تجاه SPS (الواعد) وليس تجاه المصرف، وبالعكس هذا المصرف لم يكن ملزماً بأي موجب تجاه المستفيد، وكما سبق قوله لا شيء يبرهن على أن الموجب الملقى على عاتق المستفيد بالتعويض عن النقل فرضه المصرف مباشرة.

ويمكن إبداء ملاحظات مماثلة في ما يختص بحكم 8 كانون الأول 1987.

إذن يمكن أن نخلص إلى أن الاشتراط لصالح الغير يتيح إنشاء عقود لصالح الغير[4]. والغير يكتسب صفة المتعاقد لا صفة المتعاقد المستبدل.

بيد أن أحكام المادة 1165 من القانون المدني تتعارض مع توسع طبيعة الاشتراط لصالح الغير هذه. وبالفعل تنص هذه المادة على أن الاتفاقيات «لا تضر بالغير ولا تفيده إلاّ في الحالة الواردة في المادة 1121». إن هذه الصياغة تستبعد إمكانية اشتراط دين على عاتق الغير الأجنبي عن العقد ولو كان مقابل دين له[5]. وينبغي بالتالي الاعتراف بأن الاجتهاد يبتعد عن حرفية القانون. ويقتضي إبداء أنه، بدون قبول الأسلوب بشكل غير مباشر، لم يهتم بحرفية النص في القرن التاسع عشر عندما بسط مجال الاشتراط لصالح الغير.

وتجدر الملاحظة، أياً كانت وجهة النظر هذه، المهمة مع ذلك لأنها تقحم دور الاجتهاد في تكوين الحق[6]، ان محكمة النقض يبدو أنها طرحت معايير لصحة العقد لصالح الغير في حكم 1978.

---

(1) لا يتعلق الأمر بالفعل بتحقيق خلافة في العقد (انظر L. AYNÈS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 178 وما يليه، صفحة 129 وما يليها)، وهذا ما يعجز عنه، بالإضافة إلى ذلك، الاشراط لصالح الغير، وفي وسعه فقط إنشاء عقد جديد بين مختلف الفرقاء.

(2) انظر الرقم 693 اللاحق.

(3) المذكور سابقاً رقم 30 والتعليق عليه.

(4) يجب أن يستبعد من التعابير المستخدمة تعبير «لحساب الغير» الذي يشير إلى الوكالة مما لا يتوافق إلاّ مع فرضية عقد لصالح الغير عن طريق الاستبدال، إذ يمحّي الوكيل أمام شخص المتعاقد.

(5) انظر في هذا الاتجاه Ch. LARROUMET, Les obligations; le contrat، رقم 825. على أن المؤلف يرى، عندما يبدو قبول الغير ضرورياً، ان الأمر لا يتعلق في الحقيقة بوعد لصالح الغير، رقم 807 مكرر.

(6) انظر حول هذه المسألة المدخل العام، رقم 438 وما يليه.

وبالفعل جرى الإسناد إلى مصلحة المشترط التي هي أحد شروط الاشتراط[1]، وكذلك إلى مصلحة الغير المستفيد. وهذا الترف في الحكم يدعو إلى التفكير، ذلك بأن محكمة النقض، كما رأينا[2]، لا تمارس تجاه هذا المفهوم سوى رقابة مقلصة. وهذا الإسناد إلى «منفعة مشتركة» يمكن تفسيره عندئذ كشرط لصحة العقد لصالح الغير، مما يتيح تحديد مجاله. فيغدو مما لا غنى عنه بالتالي أن تكون للمشترط والغير المستفيد مصلحة مشتركة في تحقيق العقد الذي اكتتب به الواعد، مما يفترض أن تكون معروفة من الفريقين ومتماثلة. إن مصلحة المشترط وحده، عن طريق الاستدلال بالضد، إذا كان في وسعها إضفاء الصحة على الاشتراط لصالح الغير، فلا يمكنها أن تنشىء عقداً لصالح الغير حتى ولو كانت للواعد شخصياً مصلحة في هذا العقد.

ثم تورد محكمة النقض بعد ذلك أن العبء المفروض على المستفيد تم قبوله. وهذا الشرط يسمح باستبعاد الاعتراض بأن العقد لصالح الغير الذي يقتبس مثال الاشتراط لصالح الغير يكون خطراً على حرية الغير، فهذا الغير له الحق دائماً في رفض الإفادة من الإشراط وبالتالي من العقد، وإذا وضعنا في مفهومنا الاجتهاد المتعلق بالقبول، نلاحظ أن هذا القبول لا يمكن افتراضه ويجب أن ينجم عن أعمال تظهر بدون لبس إرادة القبول[3].

ويمكن تفسير حكم 21 تشرين الثاني 1978 أخيراً بأنه يضفي الصحة على العقد لصالح الغير تحت شرط مزدوج بأن تشجع المشترط والغير مصلحة مشتركة وأن يوافق الغير على العبء.

ويقود حكم 8 كانون الأول 1987 إلى رؤية هذا التحليل ثانية. وبالفعل، إذا كان يضفي الصحة دائماً على العقد لصالح الغير، فهو لا يتمسك إلاّ بقبول الغير المستفيد بدون أن يتطلب مصلحة مشتركة للمشترط والغير. ولا شك في أنه من المسموح به، بالنسبة إلى وقائع القضية، التفكير في أن مصلحة كهذه كانت موجودة، غير أنه محكمة النقض لا تشير إليها في حين أنها اهتمت بها في حكم 1978. وهذا الإغفال يمكن أن يظهر إرادة قبول العقد لصالح الغير بسخاء وقد تم عن طريق اشتراط لصالح الغير.

إن تقهقر الاشتراط لصالح الغير، في هذه الحالات، ربما لم يكن سوى وقتي. بيد أن محكمة النقض، بقبول أن الغير المستفيد يمكن أن يكون مديناً بموجب تجاه الواعد، تبحث مجدداً في القواعد التقليدية التي ليس بإمكان المستفيد بمقتضاها ممارسة دعوى بطلان العقد حامل الاشتراط لصالح الغير ولا دعوى فسخه[4] المبنيين على غياب المصلحة فيهما. ومن الأكيد أن له مصلحة بصفته مديناً.

---

(1) انظر الرقم 611 السابق.
(2) انظر الرقم 613 السابق.
(3) انظر الرقم 633 اللاحق.
(4) انظر الرقم 640 اللاحق.

على أنه لا يبدو أن وجود دين يثقل الحق من شأنه إعادة النظر في الطابع الجديد والمباشر لحق الغير ضد الواعد.

632 ـ يملك الغير المستفيد حقاً جديداً ومباشراً تجاه الواعد.

من الثابت منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر أن حق المستفيد لم يمر عبر ذمة المشترط المالية على الإطلاق وأنه يدخل منذ إنشائه ذمة المستفيد المالية[1]. وقد أيد الفقه بالإجماع هذا الحل[2] الذي تعتبر نتائجه العملية هامة جداً.

فهذا الحق، في المقام الأول، لا يمكن أن يخشاه دائنو المشترط طالما أنه لا يشكل قسماً من ذمته المالية[3]. وهكذا جرى الحكم، قبل قانون 13 تموز 1930، بأن رأس مال التأمين على الحياة (وكذلك علاوات التأمين التي يدفعها المكتتب) الذي تقتبس إواليته تقنية الاشتراط لصالح الغير كان محتجاً به تجاه مجموعة دائني المشترط[4]. وقد كرس المشترع

---

(1) النقض المدني، 16 كانون الثاني 1888، D.P.88، 1، 77؛ S.88، 1، 121، تعليق T,C. ـ النقض المدني، 8 شباط 1888، يوميات الكتابة العدل، 1888، البند 23990، صفحة 139؛ S.88، 1، 121، تعليق T.C، D.P.88، 1، 193، تقرير DARESTE ـ النقض المدني، 29 حزيران 1896، يوميات الكتابة العدل، 1986، البند 26083، صفحة 588 ـ النقض المدني، 4 آب 1908، يوميات الكتابة العدل، 1909، البند 29456، صفحة 21؛ البند 29487، صفحة 96، في ما يتعلق برأس مال التأمين على الحياة ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تموز 1956، D.1956، 749، تعليق J. RADOUANT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1955، مصنف الاجتهادات الدوري 1956، II، 8772، ملاحظة J.HÉMARD؛ D.1956، 338، تعليق M.F.DURAND ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، D.1958، 317، تعليق P. ESMEIN ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، III، رقم 696 ـ STARCK (المذكور آنفاً، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1340) ملاحظة ان إدارة الضرائب وحدها لم تكن تقيم وزناً لطبيعة الحق المعطى للغير المستفيد حتى قانون 28 كانون الأول 1959.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، القانون الفرنسي، الفقرة 116 وما يليها، صفحة 121 وما يليها ـ DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 807 وما يليه، صفحة 173، وما يليها ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 362، صفحة 466 ـ FLOUR et AUBERT، Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 475 ـ H.L.J. MAZEAUD، Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 791 ـ B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، الطبعة الرابعة رقم 1338 وما يليه ـ PONSARD، مصنف الاجتهادات، الكتابة العدل، البند 1121، الكراسة C.7، رقم 97 ورقم 98 ـ Ch. LARROUMET, Les obligations: le contrat، رقم 820 ـ G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، الكراسة 1، رقم 178 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، رقم 504، صفحة 386 ـ M. LE GALCHER, BARON, Obligations، مقدمة F. LEFEBVRE، الطبعة الخامسة، تأليف P. LEVEL، رقم 373، صفحة 123.

(3) النقض المدني، 6 شباط 1888، S.88، 1، 121، تعليق T.C، يوميات الكتابة العدل، 1888، البند 23979، صفحة 136 ـ حكم محكمة استئناف بوزانسون، 4 آذار 1883، يوميات الكتابة العدل، 1883، البند 23028، صفحة 624.

(4) النقض المدني، 16 كانون الثاني 1888، المذكور سابقاً ـ النقض المدني، 27 آذار 1888، D.P.88، 1، =

هذه الحلول المتخذة بمبادرة مستقلة[1]. ومع أن الاجتهاد لا يعطي مثالاً حديثاً، ينبغي اعتبار أن أي اشتراط لصالح الغير بمنحى من اللاّحجية وبالتالي من البطلان[2] الذي يمكن ينال أو يجب أن ينال من بعض العقود المبرمة إبّان الفترة المشبوهة.

وورثة المشترط، في المقام الثاني، لا يملكون أي حق في موجودات الإيصاء المخصصة بالمستفيد مباشرة[3]. ولا يسعهم، في حالة التأمين على الحياة، ادعاء الإفادة من النسبة أو التخفيض[4]. وهذا الحل كرسته أيضاً المادة L.13-132 من قانون التأمينات في ما يتعلق بالتأمين على الحياة؛ وهو مطبق على رأس المال وعلى علاوات التأمين إلاّ أن تكون هذه العلاوات مبالغاً فيها بصورة جلية بالنسبة إلى الإمكانيات (إمكانيات المشترط)[5]. ينتج عن ذلك أن الوريث الذي وهبه المورث على هذا النحو يرى أن حقه بمنجى من تركة مورثه. وينبغي الاستنتاج من ذلك أن العدول عن الإرث لا يؤدي إلى العدول من الإفادة من الاشتراط[6].

---

* 198ـ النقض المدني، 14 أيار 1904، يوميات الكتابة العدل، 1904، البند 28235، صفحة 474؛ D.1905، 1، 165؛ S. 1904، 1، 385، تعليق Ch. LYON- CAEN. كان الأمر على هذا النحو من حيث المبدأ، بالنسبة إلى علاوات التأمين التي يدفعها المؤمّن ـ المشترط التي لم تكن غير متناسبة مع موارد المشترط. انظر أيضاً: PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 521، صفحة 810.

(1) المادة 69. إن مختلف التعديلات التي كان هذا النص موضوعها لم تؤثر في فحواه، ان الصيغة الحالية للمادة 132 ـ 14 من قانون التأمينات هو التالي: «رأس المال، أو الدخل، المضمون لصالح مستفيد محدد لا يمكن أن يطالب به دائنو المتعاقد. ولهؤلاء الدائنين فقط الحق في سداد علاوات التأمين في الحالة المنصوص عليها في المادة L.13-132، الفقرة الثانية، استناداً إلى المادة 1167 من القانون المدني أو المادتين 107 و108 من القانون رقم 85ـ 98، 25 كانون الثاني 1985 (L. 1985 ،D. 1985، صفحة 147) المتعلق بتقويم المؤسسات وتصفيتها». وينبغي إبداء الملاحظة أن هذا النص، كما في الماضي، لا يستهدف سوى علاوات التأمين وليس رأس المال الذي يدخل مباشرة ذمة المستفيد المالية التي ليس لمجموعة الدائنين أي حق فيها. انظر أيضاً RIPERT et ROBLOT, Traité élémentaire de droit commercial، الجزء II، الطبعة الحادية عشرة، 1988، رقم 3118.

(2) المادة 107 والمادة 108 من قانون 25 كانون الثاني 1985.

(3) النقض المدني، 2 تموز 1884، S.1885، صفحة 1، تعليق STARCK-. J. E. LABBÉ، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عينه. وتحدد المادة L.12-132، من قانون التأمينات بهذا المعنى ان «رأس المال أو الدخل المشترط دفعهما عند وفاة المؤمّن لمستفيد محدد أو لورثته ليسا جزءاً من تركة المؤمّن. ويفترض أن المستفيد، أياً كان شكل التسمية وتاريخها، له وحده الحق فيهما ابتداء من يوم العقد حتى ولو جاء قبوله بعد وفاة المؤمّن».

(4) انظر عندما يحقق الاشتراط لصالح الغير هبة ولا يكون تأميناً على الحياة، الرقم 616 السابق.

(5) جرى الحكم، قبل قانون 13 تموز 1930، بأن رأس المال لم يكن خاضعاً للنسبة (النقض المدني، 29 حزيران 1896، يوميات الكتابة العدل، 1896، البند 26083، صفحة 588). وبالمقابل كانت علاوات التأمين التي يدفعها المشترط قابلة للرد إلى التركة من قبل الغير المستفيد عندما يكون وريث المشترط إذا لم يتجاوز مجموع العلاوات رأسَ المال (النقض المدني، 4 آب 1908، يوميات الكتابة العدل، 1909، البند 29456، صفحة 21، والبند 29487، صفحة 961).

(6) المادة L.8-132، من قانون التأمينات تنص صراحة على أن الورثة «يحتفظون بهذا الحق في حالة العدول عن =

على أن الاعتراف بحق مباشر لصالح المستفيد يغدو شكلياً صرفاً إذا لم يكن يملك دعوى. ولذلك يعترف له بدعوى تنفيذ مستقلة موجهة ضد الواعد[1]. وينبغي كذلك الاعتراف له بدعوى مباشرة للتعويض عن الضرر الذي يمكن أن يصيبه بسبب سوء تنفيذ الواعد موجبه[2]. وممارسة هذه الدعوى تفترض مع ذلك أن يكون قد وافق مسبقاً على الاستفادة من الاشتراط.

633 ـ قبول الغير المستفيد.

عندما لا يضع الاشتراط أي دين على عاتق المستفيد لا يكون قبوله شرطاً لوجود حقه[3] الذي يبقى عارضاً[4] ذلك بأن المشترط، بموجب المادة 1121 من القانون المدني، بإمكانه الرجوع عن الاشتراط حتى القبول وهذا ما ينتج بالاستدلال بالضد عن أحكام هذا النص وبمقتضاها «من قام بهذا الاشتراط لا يسعه الرجوع عنه إذا أعلن الغير إرادة الإفادة منه». لقبول الغير إذاً مفعول توطيد حقه بجعل الاشتراط غير قابل للرجوع عنه[5].

= الإرث». أضف إلى ذلك: STARCK، تأليف TERRÉ et SIMLER et ROLAND et BOYER et LEQUETTE, Obligations، المرجع عينه، رقم 504، صفحة 386.

(1) DEMOGUE, Obligations، الجزء II، رقم 808، ولاسيما الاجتهاد المستشهد به، التعليق 2 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 104 ـ H.L.J MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد الاول تأليف Fr. CHABAS، رقم 791 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1955، المذكور سابقاً ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 4 شباط 1981، النشرة المدنية، V، رقم 103، صفحة 77، الذي أعطى المستفيد الحق في التحقق من استخدام الأموال التي يكون الواعد مديناً بها في ما خصه ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 23 حزيران 1989، النشرة المدنية IV، رقم 164، صفحة 109؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 72، ملاحظة J. MESTRE؛ فهرس Defrénois، 1989، البند 34633، صفحة 1389، ملاحظة J-L. AUBERT.

(2) انظر في هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف روان، 21 تشرين الثاني 1991، مجلة الاجتهاد وفي القانون الإداري، 1992، رقم 5، صفحة 12 ـ حكم محكمة استئناف فرساي، 26 حزيران 1991، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 560، ملاحظة J. MESTRE.

(3) انظر الرقم 619 السابق.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 77، صفحة 87 ـ CARBONNIER المذكور آنفاً، الفقرة 124 ـ B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1334 ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 140 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 360، صفحة 464 ـ Ch. LARROUMET, Les obliagtions: le contrat، رقم 818.

(5) MARTY et RAYNAUD المذكوران آنفاً، رقم 290 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371، صفحة 289، D.1979، صفحة 401، تعليق BERR وGROUTEL، فهرس Defrénois، 1979، البند 32093، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 166، صفحة 141 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 حزيران 1969، النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 196، D.1969، صفحة 544.

ولا يخضع القبول لأي شرط شكلي[1]، فيمكن أن يكون صريحاً أو ضمنياً[2]، ويخضع في هذه الحالة للقانون العام للقبول وينجم عن أعمال تظهر بدون لبس إرادة القبول[3]. ومع ذلك يبدو تطبيق هذه القاعدة الأخيرة مشكوكاً فيه بالنسبة إلى قبول الاجتهاد اشتراطات مفترضة لصالح الغير[4]، وإنما مع تراجع المفهوم يمكن التفكير في أي صفة رضا الغير المستفيد تخضع للقانون العام للقبول.

ويمكن، شرط أن لا يكون المشترط قد رجع عن اشتراطه، أن يتم القبول في أي وقت، حتى بعد وفاة المشترط[5] أو قبل بدء إجراء جماعي يكون موضوعه[6]، ويمكن أيضاً أن يصدر عن المستفيد أو عن ورثته[7].

غير أنه إذا كان قبول المستفيد لا غنى عنه لتوطيد حقه، فليس ثمة أي نص يفرض عليه قبول هذا الحق الذي يبقى حراً في رفضه[8]. ولا شك في أن هذه القاعدة بديهية، ولكنها تتيح بيان حدود مفهوم الاشتراط لصالح الغير في أنها غير قابلة لتفسير إعطاء الغير بعض الحقوق. وبالفعل إن قبول امتلاك مكتسب الملكية الثاني، على سبيل المثال، دعوى المطابقة ضد الصانع المرتكزة على الاشتراط لصالح الغير يستدعي أن يكون بإمكانه الرجوع عنه وبالتالي المقاضاة عن طريق دعوى تقصيرية. والحال أنه من المعروف أن هذه الدعوى لها

---

(1) تنص المادة 132 ـ C. 2، مع ذلك، على أن «إلغاء هبة التأمين المتعاقد عليه، في حالة الوفاة، على المؤمّن باطل اذا لم يكن هذا المؤمّن قد اعطى رضاه خطيا مع بيان رأس المال او الدخل المضمون كل منهما». انظر كتطبيق حكم الغرفة المدنية الاولى في محكمة النقض، 23 آذار 1982، النشرة المدنية، I، رقم 118، صفحة 103.

(2) حكم غرفة العرائض، 19 كانون الثاني 1932، S.1932، 1، 329، 1932، 97 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 337، صفحة 269 ـ انظر G.LEGIER المذكور آنفاً، رقم 152 وما يليه والاجتهاد الغزير المستشهد به.

(3) هذا ما جرى قبوله في بداية القرن، النقض المدني، 25 نيسان 1903، S.1903، 1، 329، D.P. 1904، 1، 150؛ يوميات الكتابة العدل، 1904، البند 28051، ص16. وهذا الاجتهاد تأثر كثيراً بالحركة اللاحقة التي أدت إلى افتراض بعض الاشتراطات لصالح الغير. وأضحى تطلب إرادة لا لبس فيه، ولو كانت ضمنية، بدون موضوع حقيقي.

(4) انظر الرقم 617 السابق.

(5) حكم غرفة العرائض، 27 شباط 1884، يوميات الكتابة العدل، 1884، البند 28274، صفحة 652، S.86، 1، 422 ـ النقض المدني، 8 شباط 1888 المذكور سابقاً ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN المذكوران سابقاً رقم 360، ولاسيما التعليق 5، صفحة 464.

(6) النقض المدني، 8 شباط 1895، يوميات الكتابة العدل، 1895، البند 25696، صفحة 336؛ S.95، 1، 265.

(7) G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 145.

(8) انظر القضيتين الشهيرتين Lamoricière، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 حزيران 1951، D.1951؛ صفحة 717، تعليق RIPERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، II، 6426، تعليق BECQUÉ؛ 1952، 1، 89، تعليق NERSON، وChampollion، 23 كانون الثاني 1959، 1959، 281، تعليق RODIÈRE، النشرة المدنية، II، رقم 80، صفحة 50.

بالضرورة طبيعة عقدية[1]. ينبغي بالتالي الاستنتاج من ذلك أن مكتسب الملكية الثاني إذا كان في وسعه الرجوع عن حقه فهو لا يستطيع المقاضاة عن طريق أخرى، مما لا يمكن فهمه في رؤية اشتراط لصالح الغير.

وعندما يفرض المشترط موجبات على الغير يكون قبوله اكتسابياً. بيد أن هذه النتيجة لا تبدو أنها تعيد النظر في القواعد المتعلقة بالقبول بحد ذاته.

ب ـ حق المستفيد يخضع لتبعية العقد الذي انشاه.

634 ـ ينتج حق المستفيد في الدين عن العقد المبرم بين المشترط والواعد. وهو يشكل مصدره الوحيد ومقياسه الوحيد[2]. وتقود هذه التبعية إلى الاعتراف للواعد بإمكانية الاحتجاج ببعض الاستثناءات ضد المستفيد، وبالعكس إلى أن يرفض للمستفيد إمكانية الاحتجاج بالعلاقات الشخصية التي توحد المشترط بالواعد ضد هذا الأخير.

635 ـ بإمكان الواعد الاحتجاج في وجه المستفيد جميع الاستثناءات المنبثقة عن العقد الذي ينشيء حقه[3].

بإمكان الواعد أيضاً الاحتجاج في وجه المستفيد بأسباب البطلان التي تشوب العقد المولد حقه[4]، أي الأسباب التي يمكن أن يفيد منها ضد المشترط باستثناء تلك التي بإمكان المشترط وحده التمسك بها[5]، كالعيوب التي تشوب رضاه على سبيل المثال. ويكفي، على وجه العموم، عندما يكون البطلان نسبياً فقط، تحديد من يستطيع التمسك به لمعرفة ما إذا كان محتجاً به ضد المستفيد. وعندما يكون مطلقاً فالبحث عنها لا طائل تحته، إذ يمكن لأي صاحب علاقة الإفادة منه[6]. وبإمكان الواعد كذلك أن يحتج في وجه الغير المستفيد بعدم

---

(1) انظر الرقم 617 السابق.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 106 وما يليها، صفحة 115 وما يليها ـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 158، صفحة 363 ـ B. STARCK، المجلد 2 تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1341 ورقم 1342 ـ FLOUR et AUBERT, L'acte juridique، المجلد 1، الموجبات، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 477. وكذلك WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 398، صفحة 698 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 أيار 1955، D.1956، صفحة 249، تعليق A. BESSON.

(3) غياب القبول الخطي مثلاً عندما ينص العقد على هذه الكيفية، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 آذار 1982، النشرة المدنية I، رقم 119، صفحة 103.

(4) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 363 ـ G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 191 ـ Ch. LARROUMET, Les obligations: le contrat، رقم 822 ـ FLOUR et AUBERT المذكوران سابقاً، رقم 477 ـ MALAURIE et AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1943، رقم 680، صفحة 380.

(5) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 372.

(6) انظر في هذا الاتجاه DEMOGUE المذكور آنفاً، رقم 802، صفحة 171، الذي يرى مع ذلك أن المشترط =

وجود الشرط الذي يتناول العقد الحامل لرفض التنفيذ تجاه المستفيد[1].

بيد أنه من المعروف أن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يندمج في عقد ينتج أيضاً بعض المفاعيل بين المشترط والواعد لا تتعلق بحق الغير المستفيد[2]. وتطرح المسألة عندئذ لمعرفة ما إذا كان بطلان العقد كلياً، أي إذا كان يستدعي بطلان موجبات الواعد الشخصية تجاه المشترط وبطلان الاشتراط أو على العكس، أن يبقى هذا الموجب أو ذاك منها قائماً.

وقد جرى الحكم، في محال التأمين على الحياة، بأن بطلان تسمية الغير المستفيد المحكوم به نظراً إلى لا أخلاقية السبب ـ يتم الاشتراط بالاكتتاب بالتأمين على الحياة من أجل متابعة العلاقات الزناوية مع المستفيد ـ يبقي التأمين الذي تعود فيه موجودات الإيصاء إلى ورثة المشترط[3]. وقد أخذ الاجتهاد بإمكانية بطلان جزئي بدون التساؤل، إضافة إلى ذلك، عما إذا كانت تسمية المستفيد السبب الواضح والحاسم للاكتتاب بالتأمين، مما يقود، في حالة الإيجاب، إلى بطلان العملية الكلي[4].

على أنه لا يبدو أن المحاكم كانت لها مناسبة حل المسألة العكسية مباشرة في ما يختص بالحفاظ على الاشتراط رغماً عن البطلان الذي يمكن أن يطال العقد الذي اندمج فيه[5]. ويمكن التفكير بداهة في أنه ليس ثمة أي سبب لإعطاء حل مختلف. غير أنه من الأدق على الأرجح تجزئة مختلف عناصر العقد المولّد، مع أن العقبة لا تبدو قابلة للتذليل لدى تفحص الاجتهاد الحديث[6]. يبقى أن المتقاضين بإمكانهم دائماً التمسك بأن العملية تشكل كلاً غير قابل للانقسام وأن كل اشتراط كان السبب الواضح والحاسم لرضاهم. وهذا البطلان، وفقاً للقانون العام الذي يسوس امتداد البطلان، يجب أن يكون كلياً[7].

ويقبل الفقه أيضاً، من حيث المبدأ، أن أسباب فسخ العقد المولد يمكن أن يحتج بها الواعد تجاه المستفيد وكذلك بالدفع بعدم التنفيذ[8] عندما لا يقوم المشترط بموجباته تجاه

= يمكن أن يتنازل للواعد عن دعوى بطلان نسبي مما يجيز له الاحتجاج بها ضد المستفيد.

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 30 نيسان 1969، النشرة المدنية، IV، رقم 151، صفحة 146.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، المذكور سابقاً. انظر الرقم 618 السابق.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، D.1958، 317. تعليق P. ESMEIN ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 شباط 1976، النشرة المدنية، I، رقم 51، صفحة 42.

(4) انظر ملاحظات ESMEIN على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 تشرين الأول 1957، المذكور سابقاً.

(5) انظر مع ذلك الرقم 656 اللاحق وما يليه في ما يتعلق ببطلان البند الذي يعلن فيه للبائع أو الشاري الاحتفاظ بإمكانية استبدال الغير في تنفيذ وعد بالبيع عندما لا يكون هذا الوعد مسجلاً خلال عشرة أيام من قبوله.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985، المذكور سابقاً. انظر الرقم 618.

(7) انظر تلاشي العقد.

(8) انظر الرقم 636 اللاحق حول إمكانية المشترط في أن يحتج تجاه الواعد بدفع عدم التنفيذ الذي يبدو مستحيلاً اليوم بالنسبة إلى حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض في 4 حزيران 1985. تصبح، فضلاً عن ذلك، إمكانية الواعد في أن يحتج في وجه المستفيد بالدفع بعدم تنفيذ العقد.

الواعد[1]، على أنه يجري التفريق كقاعدة عامة حسبما يكون الفسخ قد تم قبل قبول المستفيد أو حسبما يكون عدم التنفيذ المأخوذ على المشترط جرى التمسك به بعد هذا القبول.

ليس من شك في الحالة الأولى في أن حق المستفيد غير موجود[2]. وبالتالي فإن قبولاً لاحقاً لا يمكن أن يعطي الغير حقاً ألغاه هو نفسه. وبالمقابل، عندما يكون المستفيد قد قبل الاشتراط، لا يمكن التردد في الحل الواجب إعطاؤه، بسبب الطابع المباشر للحق وغياب علاقة قانونية بين المستفيد والمشترط[3]. ومن المقبول اليوم أن أسباب فسخ العقد الأصيل يمكن أن يحتج بها الواعد في وجه المستفيد، شريطة أن يستدعى هذا المستفيد إلى الدعوى الموجهة ضد المشترط[4]. ويتبنى أحد المؤلفين وضعاً أكثر صلابة إذ يرى أن الدفع الذي يتمسك به الواعد يجب أن يكون موجهاً «بشكل غير مباشر وللمرة الأولى» ضد المستفيد[5]. على أن بإمكان المستفيد استبعاد الدفع بأن يكون بديلاً عن المشترط تطبيقاً للمادة 1236 من القانون المدني[6].

636 ـ لا يستطيع المستفيد أن يتدخل في علاقات الواعد ـ المشترط الأجنبية عن الاشتراط لصالح الغير.

مما لا يعقل أن يتمكن المستفيد من أن تكون له مصلحة في الإفادة من العلاقات العقدية التي توحد الواعد والمشترط، وعلى وجه الخصوص عندما يفرض عليه الاشتراط موجبات معينة. «يتوقف حق المستفيد على العقد المنشىء للاشتراط لصالح الغير، وليس على الفحوى العام للعلاقات بين الواعد والمشترط»[7]. فلا يسع المستفيد إذاً التمسك بهذه العلاقات، والواعد، على العكس من ذلك. لا يستطيع إخضاع تنفيذ تعهده للشروط التي تتناول موجباته الخاصة تجاه المشترط.

---

(1) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المرجع عينه ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 201 وما يليه ـ FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 477 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 111 وما يليه.

(2) PONSARD المذكور سابقاً، رقم 113.

(3) انظر الرقم 640 اللاحق.

(4) PONSARD المذكور سابقاً، رقم 118 ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 803، صفحة 172 ـ G. LEGIER، المذكور سابقاً، رقم 203.

(5) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 163، صفحة 375: «لا يستطيع الواعد الاحتجاج ضد المستفيد بالدفوع ووسائل الدفاع الناجمة عن العقد المبرم مع الاشتراط إذا لم يحتج بها مباشرة للمرة الأولى، وإنما يتمسك من أجل ذلك بعقد مبرم مع المشترط أو بحكم قضائي صدر بناء على طلب ضد المشترط» كذلك رقم 164، صفحة 376 والموجبات: العقد رقم 822.

(6) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المرجع عينه ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 202. وتحدد المادة L.132-19 في مجال التأمين أن «كل صاحب علاقة بإمكانه أن يحل محل المتعاقد لدفع علاوة التأمين».

(7) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 162، صفحة 375.

إن الحكم الصادر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 4 حزيران 1985[1] واضح تماماً: لا يستطيع المستفيد من اشتراط لصالح الغير الإفادة من بند تحكيم يربط فقط الواعد بالمشترط. إنه يفرض التفريق بين هذين النموذجين من العلاقات ويدعو قضاة الأساس إلى البحث عن الامتداد الصحيح لحق المستفيد. وجرى الحكم، فضلاً عن ذلك، بأن قبول المستفيد عقد تأمين على الحياة ليس له مفعول إضفاء صفة المكتتب[2]. فليس المستفيد إذاً فريقاً في العقد الذي انبثق حقه عنه ولن يصبح كذلك بقبوله.

ويمكن أن ينشىء وجود علاقتين عقديتين، قابلتين للانقسام إلى حدّ ما، بعض الصعوبات عندما يتم حل أحدهما. وقد سبق أن صادفنا هذه المسألة في صدد امتداد البطلان[3]. ولاحظنا أن البطلان الذي يطال علاقة عقدية واحدة لا يستوجب، بحد ذاته، بطلان العلاقة الأخرى. فهل الأمر على هذا النحو في ما يختص بالفسخ؟

حسب قراءة معينة للمادة 1220 من القانون المدني، عندما يندمج الاشتراط لصالح الغير في عقد ينتج مفاعيل بين المشترط والواعد يقتضي التمسك بمبدإ فسخ كلّي. وبالفعل جرى الحكم بأن الموجب القابل للانقسام يجب أن ينفذ بين الدائن والمدين كما لو أنه غير قابل للانقسام، ولا يسع البائع الحصول على الفسخ الجزئي، تطبيقاً لبند فاسخ، لبيع تم إجراؤه بمقتضى العقد ذاته، لقاء ثمن إجمالي، ويتناول أموالاً متميزة[4]. والفسخ، بخلاف النظام القانوني الذي يسوس امتداد البطلان، هو دائماً كلي سواء أكان مصدره علاقات المشترط بالواعد أو الواعد بالمستفيد.

إن هذا التحليل يتعرض للنقد. وبالفعل يمكن تفسير المادة 1220 من القانون المدني بأنها تختص فقط بالموجبات التي ينشئها عقد واحد، ويجب أن تعتبر غير قابلة للانقسام أياً كانت إرادة الفريقين. ولا يبدو إذاً أن المادة 1220 يجب أن تطبّق على تنسيق بين عقود يقتضي مع ذلك، مع أنها تكميلية، أن تعتبر مستقلة سنداً لمبدإ المفعول النسبي للعقود. وإذا كانت الموجبات القابلة للانقسام ناشئة عن عقد يجب أن تنفذ كما لو كانت غير قابلة للانقسام، فإن هذه القاعدة لا تطبق إلا على الموجبات المنبثقة عن عقد وتترك خارج حقلها تطبيق الموجبات المنبثقة عن عقد آخر. ويلاحظ بموجب هذا التفريق أن الاشتراط لصالح الغير أجنبي عن مجال المادة 1220 من القانون المدني طالما أن العقد، حامل الاشتراط، مستقل بالنسبة إلى العلاقات الموجودة بين المشترط والواعد[5]. وقد استندت محكمة النقض إلى المادة 1165 من القانون المدني عندما يتعلق الأمر بالتفريق بين هذين النموذجين من

---

(1) المذكور سابقاً، انظر الرقم 618 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 أيار، 1984، النشرة المدنية، II، رقم 166، صفحة 141.

(3) انظر الرقم 635 السابق.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 16 نيسان 1986، النشرة المدنية، III، رقم 45 صفحة 35.

(5) انظر الرقم 618 السابق.

العلاقات[1]، مما يبرهن على أنه لا يوجد أي تداخل بينهما ما عدا بالطبع الإمكانية المتروكة للفريقين في إعداد العقد الحامل. وليس للمادة 1220 دور إلاّ في هذه الحالة. ففسخ العقد إذاً الذي يوحّد المشترط بالواعد من حيث المبدأ، عندما يكون موجوداً، هو بدون مفعول تجاه وجود الاشتراط الذي يبقى صحيحاً، ذلك بأن العقد الحامل لا يفسخ آلياً بسبب زوال العلاقات بين الواعد والمشترط والعكس بالعكس[2].

II ـ العلاقات بين الواعد والمشترط

637 ـ يملك المشترط، حق قبول الغير المستفيد، امتيازات واسعة. فبإمكانه على وجه الخصوص العدول عن الاشتراط. وعند قبول الاشتراط له الحق في التأكد من تنفيذ الاشتراط، وبإمكانه، بصورة خاصة، ممارسة دعوى التنفيذ.

638 ـ امتيازات المشترط قبل قبول المستفيد.

حق العدول هو الامتياز الرئيسي للمشترط. فحسب أحكام المادة 1121 من القانون المدني «من قام بهذا الاشتراط لا يمكنه العدول عنه إذا أعلن الغير إرادة الإفادة منه». وقد طُرحت مسألة معرفة ما إذا كان هذا الحق يؤدي أيضاً إلى مجرد سلطة تعديل. بعض المؤلفين لا يقبل ذلك في غياب رضا الواعد[3]. وهذا الرأي يحمل على الإقناع لأن للاشتراط لصالح الغير أساس عقدي. والامتياز الذي أعطاه القانون للمشترط، فضلاً عن ذلك، غير مألوف بالنسبة إلى القانون العام بكونه يتيح لواحد من المتعاقدين الرجوع عن التعهد، على عكس الأحكام العامة للمادة 1134 من القانون المدني التي لا تجيز الرجوع عن اتفاقية إلا بالرضا المتبادل بين المتعاقدين[4].

ويأخذ الفقه أيضاً بأن هذا الحق الأحادي الجانب ليس مطلقاً وأن ثمة بعض الأوضاع التي يكون فيها رضا الواعد لا غنى عنه رغماً عن حرفية نص المادة 1121 من القانون

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1985 المذكور سابقاً.

(2) يقدر بهذا المعنى أن الرجوع عن الاشتراط لصالح الغير لا يؤدي آلياً إلى الرجوع عما سبق إبرامه بين المشترط والواعد، FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 478.

(3) PONSARD، المذكور سابقاً، رقم 139 ـ AUBRY et RAU، الفقرة 343 ثلاثاً والتعليق 25. بالنسبة إلى رأي أكثر تبايناً: DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 788، صفحة 156، الذي يرى أن المشترط بإمكانه إنقاص حقوق المستفيد وبالتالي امتداد موجب الواعد، وليس في وسعه أن يفاقهما من جانب واحد. انظر أيضاً G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 139. عندما يقبل المستفيد الاشتراط لا يستطيع المشترط ولا الواعد تعديل امتداد حق المستفيد بدون رضاه. قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371؛ 1979Dalloz، صفحة 401، تعليق BERR et GROUTEL؛ فهرس Defrénois 1979، البند 32093، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT.

(4) انظر في هذا الاتجاه M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 102، ويقود الطابع الاستثنائي للمادة 1121 من القانون المدني إلى رفض إعطاء المنيب حق الرجوع في الإنابة في الدين. وذلك أيضاً فارق مع الاشتراط لصالح الغير.

المدني. فعندما تكون للواعد مصلحة شخصية في تنفيذ الاشتراط ولو كانت معنوية صرفاً[1]، يكون حق الرجوع الأحادي الجانب هكذا مشلولاً. ويمكن أن يقارن هذا التحليل بتحليل مقبول في مادة وكالة المصلحة العامة حيث يكون حق رجوع الموكل مشلولاً بسبب مصلحة الوكيل في تنفيذ الوكالة.

إن حق رجوع المشترط مرتبط حصراً بشخصه وقد قرر الاجتهاد أنه يعود إلى المشترط وحده[2]. وجرى الحكم لهذا السبب بأن حق الرجوع عن اشتراط عقد تأمين على الحياة يكون فيه المستفيد معنياً لا يمكن أن يمارسه الممثلون القانونيون للمشترط في حياته[3]. كما لا يمكن أن يمارسه المدينون عن طريق الدعوى غير المباشرة (action oblique)[4]. بيد أن ورثته يمكن أن يمارسوها باعتبار هذا الحق قابلاً للنقل[5]. ولا يخضع الرجوع لأي شرط شكلي[6]، بحيث أنه يمكن أن يكون ضمنياً أو صريحاً[7].

---

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 89، صفحة 100 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 358، صفحة 462 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 139 ـ G. LEGIER، المرجع عينه. انظر أيضاً H.L.J. MAZEAUD، المذكورين سابقاً، رقم 795. انظر في الاجتهاد حكم غرفة العرائض، 30 تموز 1877، 78، 1، 55 ـ حكم محكمة استئناف غرونوبل، 6 نيسان 1881، S.82، 1، 131؛ D.P. 82، 2، 9.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1969، النشرة المدنية، III، رقم 696، صفحة 624 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 357 وما يليه، صفحة 461 وما يليها ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 787 وما يليه، صفحة 154 وما يليها ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 130 وما يليه، ولاسيما رقم 137 وما يليه ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 116.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 آذار 1992، النشرة المدنية 2، رقم 94، صفحة 62. وهذا الحل مبني على المادة L.9-132 من قانون التأمينات المذكورة سابقاً مع التعليق التالي.

(4) تنص المادة L.9-132، الفقرة 2C على ما يلي: «ما دام القبول لم يتم لا يعود حق الرجوع عن هذا الاشتراط إلاّ للمشترط ولا يمكن بالتالي أن يمارس في حياته من قبل الدائنين ولا من قبل ممثليه القانونيين». انظر كذلك: PICARD et BESSON المذكورين سابقاً، رقم 510، صفحة 796.

(5) حكم غرفة العرائض، 22 حزيران 1859، D.P.59، 385؛ S.61، 1، 155 ـ النقض المدني، 27 شباط 1884، S.86، 1، 422؛ D.P.84، 1، 389 ـ حكم محكمة استئناف Douai، 10 كانون الأول 1895 ـ D.P.96، 2، 417، تعليق P.DEPUICH ـ حكم محكمة استئناف بوردو، أول نيسان 1897، D.P.98، 2، 169، تعليق P. DE LYONES؛ 1900، 2، 242، تعليق A.WAHL. غير أن المادة L.9-132، الفقرة 3 من قانون التأمينات تحدد ضمن أي شروط يمكن أن يمارس ورثة المشترط هذا الحق، مما يكون حقوق الغير المستفيد الذي يملك مهلة ثلاثة أشهر ابتداء من الإنذار الموجه إليه لقبول الإفادة من الاشتراط أو رفضه. ويلاحظ إذا ما جرى تحليل الاشتراط لصالح الغير عن طريق نظرية الإيجاب أن القانون يتمسك بهذه النظرية خلال مهلة معينة ويمنع الرجوع بخلاف القانون العام للإيجاب.

(6) وهكذا يعتبر رجوع منصوص عليه في عمل في شكل إيصائي صحيحاً، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 24 حزيران 1969، D.1969، صفحة 544؛ النشرة المدنية، I، رقم 246، صفحة 196.

(7) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 358، صفحة 463 ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 132 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 142 وما يليه. وكذلك PICARD et BESSON المذكوران سابقاً، رقم 510، صفحة 797.

ولا يؤدي الرجوع عن تسمية المستفيد إلى تلاشي الاشتراط؛ وهكذا للمشترط الحق في أن يفرض على الواعد تنفيذ الاشتراط لصالحه الحصري في غياب تسمية لاحقة[1]. ولهذا الحل في مجال التأمين على الحياة أساس قانوني؛ فالمادة L.11-132 من قانون التأمينات تنص بالفعل على أن «رأس المال أو الدخل المضمون كل منهما، عندما يكون التأمين في حالة الوفاة قد أبرم بدون تسمية المستفيد، يشكلان جزءاً من ذمة المتعاقد المالية أو من تركته»[2]. ولن يكون الأمر خلاف ذلك إلاّ عندما يكون اعتبار الغير المستفيد حاسماً[3].

ولا يستدعي الرجوع عن الاشتراط الذي تتبعه تسمية مستفيد جديد نقل الإفادة من الاشتراط[4]. فالحق إذاً لم يكن على الإطلاق عبر ذمة المستفيد الأول المسمى المالية ولم يدخل ذمة المشترط المالية، ولو لم يكن ذلك إلاّ موقتاً[5].

على أن محكمة النقض أبدت نوعاً من التردد في تطبيق هذه المبادىء عندما تتواجه بالحق الزواجي. فعندما يتزوج الزوجان في ظل نظام شيوع الأموال بين الزوجين تطرح مسألة معرفة ما إذا كان رضا أحد الزوجين، المسمى سابقاً كمستفيد من تأمين على الحياة مختلط، لا غنى عنه للرجوع عن هذه التسمية وتخصيص الإفادة من التأمين للغير. وقد فرقت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 26 أيار 1982[6]، بين حق الرجوع الذي يبقى شخصياً للمكتتب والتخصيص التلازمي لحق الغير الخاضع للإدارة المشتركة وفقاً للمادة 224، الفقرة 2، والمادة 1422 من القانون المدني. وقد تمردت محكمة الإحالة[7] وحكمت بأن للزوج الحق في الإفادة من التأمين وفقاً للمادة L12-132 والمادة L.11-132 من قانون التأمينات. ينبغي إذاً استبعاد قواعد النظام الزواجي. وقد أيدت الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، بدون أن تدين ضراحة اجتهاد الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، محكمة الإحالة بحجة أن الدين على الشركة (شركة التأمين)، تطبيقاً للمادة 132 ـ 12 من قانون التأمينات، الذي نشأ بسبب وفاة المكتتب، يكتسب لصالح المستفيدين المعينين في آخر المطاف[8]. وهكذا دخلت الموجودات المتوجبة على الواعد مباشرة في ذمة المستفيد الأخير

---

(1) انظر G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 137.

(2) انظر G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 93.

(3) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 359، صفحة 464 والتعليق 1.

(4) النقض المدني، 18 كانون الثاني 1888؛ D.P. 88، 1، 77.

(5) النقض المدني، 4 أيار 1904، S.1904، 1، 385، تعليق Ch.LYON-CAEN.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 195، صفحة 170؛ D.1983؛ صفحة 345 من التقرير، ملاحظة D.MARTIN، فهرس Defrénois، 1982، البند 32944، صفحة 1368، رقم 74، ملاحظة G. CHAMPENOIS؛ المجلة العامة للتأمينات البرية، 1983، صفحة 59، تعليق A. BESSON.

(7) حكم محكمة استئناف اميان، 10 كانون الأول 19884، D.1985، صفحة 320، تعليق H. LE ROY.

(8) الهيئة العامة بكامل أعضائها، 12 كانون الأول 1986، مصنف الاجتهاد الدوري، 1986، II، 20760، طلبات CABANNES، تعليق L. BOYER؛ D.1987، 269، تعليق J. GHESTIN.

المالية ويعتبر أنه ليس لزوج المكتتب أي حق مطلقاً ولو كان المستفيد الأول. وعليه يؤدي عدم قبول المستفيد، وإن كان يمتلك منذ إبرام الاشتراط حقاً، إلى تلاشي هذا الحق رجعياً في حالة الرجوع. على أنه عندما يقبل المستفيد الإشراط بإمكانه أن ينقله إلى الغير[1].

639 ـ امتيازات المشترط بعد قبول المستفيد.

يفقد المشترط، منذ قبول الغير، إمكانية الرجوع عن الاشتراط[2] أو تعديله حتى بموافقة الواعد، بدون رضا المستفيد[3]. غير أنه يحتفظ ببعض الامتيازات المتعلقة بتأمين تنفيذ الاشتراط ضد الواعد.

وأكدت محكمة النقض في حكم 12 تموز 1956[4] المبدأ الذي يقضي بأنه «إذا اكتسب الغير المستفيد ضد الواعد حقاً خاصاً ومباشراً، فإن المشترط يمتلك أيضاً دعوى تنفيذ الوعد الذي التزم به المدين»[5]. وفي 7 حزيران 1989 حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بأن «مشترط اشتراط لصالح الغير له الصفة لكي يفرض تطبيق العقد الذي أبرمه»[6]. وثمة توافق أيضاً على الاعتراف للمشترط بدعوى فسخ العقد حامل الاشتراط عندما يتخلف الواعد عن موجباته تجاه المستفيد[7]. على أن المستفيد يجب أن يدعى إلى

---

(1) نقل الإفادة من التأمين على الحياة منصوص عليه في المادة C15-123 من قانون التأمينات.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371؛ D.1979، صفحة 401، تعليق BERR وGROUTEL؛ فهرس Defrénois، 1979، البند 32093، رقم 62، صفحة 1232، ملاحظة J.L. AUBERT.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 371، صفحة 289. انظر أيضاً: حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 نيسان 1973، النشرة المدنية، I، رقم123، صفحة 112.

(4) D.1956، صفحة 749، تعليق J. RADOUANT. ـ وفي الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1979، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 122؛ D.1979، صفحة 453 من التقرير؛ D.1980، صفحة 157، تعليق Ch. LARROUMET؛ مجلة قصر العدل، 1979، II، صفحة 401 من الموجز.

(5) اعترف الفقه، فضلاً عن ذلك، دائماً للمشترط بدعوى التنفيذ. انظر على وجه الخصوص DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 784، صفحة 151 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 364، صفحة 470 ـ MARTY et RAYNAUD المذكوران سابقاً، رقم 289 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 164 وما يليه ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 212 وما يليه ـ TERRÉ SIMLER et LEQUETTE المذكورون سابقاً، رقم 500، صفحة 384 ـ Ch. LARROUMET Les obligation: le contrat، رقم 816.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 233، صفحة 155؛ فهرس Defrénois، 1989، صفحة 1057، ملاحظة J.L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 73، ملاحظة J. MESTRE.

(7) FLOUR et AUBERT المذكوران سابقاً، رقم 473 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 366، صفحة 472 ـ MRATY et RAYNAUD، المرجع عينه ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 174 وما يليه ـ G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 219 وما يليه ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE، المرجع عينه.

الدعوى، وإلاّ يصبح الحكم الصادر بين الواعد والمشترط غير قابل للاحتجاج به ضد المستفيد استناداً إلى نسبية الشيء المحكوم فيه[1]، ويمتلك دائماً حق فرض التقديم الذي وعد به الواعد. ومن المقبول أخيراً أن بإمكان المشترط أن يحتج ضد الواعد بدفع عدم التنفيذ وأثارة المسؤولية العقدية[2].

إن مجال دعوى الفسخ والدفع بعدم التنفيذ ينبغي أن يأخذ في الحسبان التفريق الذي أصبح يعتمده الاجتهاد صراحة بين العقد حامل الاشتراط والعلاقات الشخصية بين المشترط والواعد.

وهكذا لا يمكن أن يكون الفسخ مبنياً إلاّ على تنكر الواعد للموجبات التي التزم بها لصالح المستفيد الحصري. كما أن الدفع بعدم التنفيذ لا يمكن أن يكون مبنياً على عدم تنفيذ الموجبات الملقاة على الواعد تجاه المستفيد وحده. وبالفعل يفترض هذا الدفع، من حيث المبدأ، «وحدة السند الذي أنشأ الموجبات المتبادلة»[3]. وبالتالي ينبغي أن يؤدي تكريس مبدإ استقلالية العقد الحامل، منطقياً، إلى حصر إمكانية المشترط في الاحتجاج بالدفع بعدم التنفيذ في وجه الواعد في الفرضية التي لا يحترم فيها الواعد موجباته تجاه المستفيد، مما يقلص جدياً مجال الدفع. والأمر كذلك في ما يتعلق بالواعد الذي ليس في وسعه التمسك بعدم تنفيذ موجبات المشترط الشخصية ليتملص مؤقتاً من موجباته تجاه المستفيد.

III ـ العلاقات بين المشترط والغير المستفيد

640 ـ ليس للمستفيد، من حيث المبدأ، أي علاقة قانونية بالمشترط.

بما أن الاشتراط لصالح الغير ينشىء فقط علاقات قانونية بين الواعد والمستفيد فهو لا يعطي المستفيد أي حق ضد المشترط[4]، وهكذا لا يملك أي دعوى ضد المشترط ما عدا وجود تعهد شخصي صادر عن المشترط[5]، بخلاف الحل المعتمد في القانون الإداري[6].

---

(1) انظر في هذا الاتجاه G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 223.

(2) انظر بالإضافة إلى المؤلفين المذكورين سابقاً ملاحظات السيد LARROUMET على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1979 المذكور سابقاً.

(3) B. STARCK، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1712. وحول الدفع بعدم تنفيذ العقد انظر J-F. PILLEBOUT, Recherches sur l'exception d'inexécution أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J، 1971، مقدمة P. RAYNAUD.

(4) حكم غرفة العرائض، 6 حزيران 1888، D.P. 89، 55؛ غز98، 1، 65، يوميات الكتابة العدل، 1888، البند 24061، صفحة 401.

(5) PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 365، صفحة 471 ـ PONSARD المذكور سابقاً، رقم 124. إضافة إلى FLATTET، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 109، صفحة 146.

(6) انظر CH. DESWARTES- JULIEN, La stipulation pour autrui en droit administratif، أطروحة في باريس، 1970، صفحة 50 وما يليها.

فليس بإمكانه إذاً أن يطلب من المشترط المنفعة المتوجبة له على الواعد.

وبالطريقة عينها يتعذر على المستفيد أن يقاضي لبطلان العقد مصدر حقه أو فسخه لعدم وجود مصلحة له في ذلك[1]، حتى الصفة، طالما أنه ليس شريك المشترط في التعاقد[2]. يضاف إلى ذلك أن المستفيد من العبء الذي يثقل تبرعاً ليست له إمكانية طلب الرجوع عن الهبة عندما لا يراعي الموهوب له موجباته[3].

ويمكن الشك في تسويغ هذا الحل ما دام أنه من المقبول أن الاشتراط لصالح الغير يضع على عاتق المستفيد ديناً[4]. فإذا ما جرى رفض الحق للمستفيد، فذلك لأنه، من حيث المبدأ، دائن الواعد فقط وليس دائن المدين. بيد أنه عندما يكون المستفيد في الوقت عينه مديناً تكون له مصلحة بديهية في امتلاك حق طلب البطلان أو الفسخ؛ ولأنه ملزم بموجب العقد فإن تلاشيه له مفعول تحريره من دينه.

غير أن بعض المؤلفين يرى أن الاشتراط لصالح الغير يجب أن يعاد وضعه في المضمون العام للعلاقات القانونية التي يمكن أن توحد المشترط والمستفيد[5]، كما يقبل أن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يماثل بدفع عندما يكون المشترط سابقاً مدين المستفيد[6]. وهذا التحليل للاشتراط ليس مقنعاً. ولا يقبل الفهم، بالفعل، أن يحرم المستفيد في هذه الفرضية من حق طلب بطلان العقد الحامل أو فسخه، طالما أنه معني مباشرة به، وتنفيذه يتحكم بسقوط دينه على المشترط. وقبول أن الاشتراط لصالح الغير، فضلاً عن ذلك، في

---

(1) موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الاشتراط لصالح الغير، تأليف Ch. LARROUMET، صفحة 59 وصفحة 60 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 363، صفحة 470 ـ H-L.J. MAZEAUD، المذكوران سابقاً، رقم 791 ـ MARTY et RAYNAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، الطبعة الأولى، 1962، رقم 265، صفحة 239 في نهايتها، وصفحة 240 في بدايتها ـ PLANIOL et RIPERT, Traité élémentaire de droit civil، بالتعاون مع J. BOULANGER، الجزء 2، الطبعة الثالثة، منشورات L.G.D.J، 1949، رقم 669، صفحة 230.

(2) G. LEGIER المذكور سابقاً، رقم 175.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 تموز 1963، النشرة المدنية، I، رقم 395، صفحة 337.

(4) انظر الرقم 630 السابق.

(5) انظر DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 853 وما يليه، صفحة 221 وما يليها ـ FLOUR et AUBERT، المذكورين سابقاً، رقم 479 ورقم 480 ـ P. MALAURIE et L. AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 682، صفحة 382. بالإضافة إلى TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations, رقم 505، صفحة 386.

(6) FLOUR et AUBERT, Traité élémentaire de droit civil، بالتعاون مع J. BOULANGER، الجزء 2، الطبعة الثالثة، منشورات L.G.D.J، 1949، رقم 674، صفحة 231 ـ PLANIOL et RIPERT، المذكوران سابقاً، رقم 479 ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 854، صفحة 222 والتعليقات 2 و3 و4 ـ MARTY et RAYNAUD المذكوران سابقاً، رقم 290 ـ MALAURIE et AYNÈS، المرجع عينه. وعلى نقيض ذلك SIMLER، مصنف الاجتهاد المدني، الكراسة 103 والكراسة 104 ، V الإنابة، رقم 60.

غياب موجب سابق، ينتج مفعولاً مسقطاً يعني افتراض موافقة المستفيد تجاه المشترط، في حين أن مجرد قبول الإفادة من الاشتراط لا يستوجب أن يكون المستفيد قد توخى بذلك تحرير مدينه. والعملية المبرمة بين الفريقين، في الحقيقة، في غياب موجبات سابقة، ترتدي وصفاً آخر هو وصف الإنابة[1].

ومن المقبول، بالمقابل، أن الاشتراط لصالح الغير يحقق هبة غير مباشرة لصالح الغير المستفيد والتأمين على الحياة أحد المظاهر الأكثر تواتراً.

---

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 10 وما يليه.

القسم الفرعي 2

الطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير

641 ـ يرتكز تحديد الطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير[1] على البحث عن أساس حق المستفيد، وكان المؤلفون في القرن التاسع عشر منقسمين حول هذه المسألة. وقد ظهر هذا الجدل اليوم بالنسبة إلى بعضهم عقيماً[2]، وبالنسبة إلى آخرين لم يكن من مجال للاسترسال في صدده نظراً إلى إيجاز الطروحات التي تكرّسه[3]. ومن الصحيح أن أي نظام جديد، منذ Lambert[4]، لم يتقدم به أحد ولا يبدو من المفيد، مع ذلك، عرض مختلف الأنظمة المقترحة ذلك بأن عدم كفايتها توضح أصالة إوالية الاشتراط لصالح الغير.

وترتكز مجموعة أولى من النظريات على مفهوم الإيجاب. ويرتبط تفسير ثانٍ بنظرية التعهد الأحادي الجانب وتفسير ثالث يتمسك بالفضول.

642 ـ نظريات الإيجاب.

رأى بعضهم أن الاشتراط لصالح الغير ينتج عن إيجاب يصدر عن المشترط أو الواعد أو كذلك أنه تخييري فيشترط المشترط عند ذلك لصالح الغير أو لنفسه.

---

(1) انظر J. BOYER - DORIOT, Du fondement juridique de la stipulation pour autrui، أطروحة في تولوز، 1933.

(2) FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 468.

(3) انظر على سبيل المثال PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français، الجزء VI، الموجبات، تأليف P. ESMEIN رقم 354، صفحة 456 ـ H-L.J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 797 وما يليه ـ B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER رقم 1322 وما يليه ـ LARROUMET, Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1990، رقم 801 ـ MALAURIE et AYNÈS, Obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 674 ورقم 675 ـ DEMOGUE, Obligations الجزء VII، رقم 815 وما يليه، صفحة 184 وما يليها، أكثر شمولاً.

(4) La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، 1893.

643 ـ ينتج حق المستفيد، حسب التحليل الأول، عن إيجاب صادر عن المشترط.

يتحقق الاشتراط لصالح الغير، في عرف السيد Laurent[1]، في مرحلتين، إبرام عقد بين المشترط والواعد يكتسب بمقتضاه المشترط حقاً يصبح بعد ذلك موضوع إيجاب موجه إلى الغير. ويفترض هذا النظام إذاً عقدين متعاقبين، ومن هنا تعبير نظرية العقد المزدوج[2]. وحسب المؤلف «تتكون الاتفاقية الأولى في اشتراك إرادتي المشترط والواعد؛ إلا أنه لا يتبع ذلك أن تكون الاتفاقية الثانية قد تكونت؛ إنها تتكون بقبول الغير؛ وإلى هنا لا يكون ثمة رباط بين المشترط والغير. . .»[3].

وهذه النظرية التي تفسّر حق المشترط في الرجوع حتى قبول المستفيد كانت موضع انتقاد شديد. فقد أخذ عليها التنكر للطابع المباشر لحق المستفيد وإخفاء دور الواعد[4]. ويرفض Laurent الاعتراف للغير بدعوى شخصية ضد الواعد[5]. ونتيجة هذا التحليل هي أن المستفيد يشارك دائنيه ومدينيه إذ يمر الحق عبر ذمة المشترط المالية[6]. ولا يمكن، إضافة إلى ذلك، أن يكون الإيجاب رجعياً «وإرجاع مفاعيله إلى الإيجاب الذي هو مجرد بداية، مجرد ركيزة انتظار أي عنصر ينتظر عناصر أخرى ليكون تاماً وفعالاً»[7]. والعملية، من وجهة النظر الضريبية، تنجم عن انتقال مزدوج، مما يجيز استيفاء رسم مزدوج[8]. والإيجاب أخيراً يصبح عديم المفعول بمجرد وفاة المشترط[9]، مما قد يؤدي إلى المجازفة بنمو التأمين على

---

(1) Principes de droit civil، الجزء XV، رقم 559.

(2) B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، المذكوران سابقاً، رقم 1323.

(3) LAURENT المذكور سابقاً، رقم 571.

(4) J. BOYER- DORIOT, Du fondement juridique de la stipulation pour autrui، أطروحة في تولوز، 1933، صفحة 64 وما يليها.

(5) استشهد بذلك LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 13، صفحة 15.

(6) انظر DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 815، صفحة 185 ـ FLOUR et AUBERT، المذكورين سابقاً، رقم 469 ـ H-L.J. MAZEAUD المذكورين سابقاً، رقم 798، صفحة 897.

(7) LABBÉ، تعليق على حكم النقض، 2 تموز 1884 (S.85، 1، 5)، استشهد به LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 18، صفحة 27، تأييد هذا التحليل.

(8) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 64. وكذلك B. STARCK، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المجلد 2، المذكوران سابقاً، رقم 1324.

(9) J. BOYER - DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 65. لم يعد هذا البرهان الأخير يبدو قاطعاً بالنسبة إلى حكم صدر عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 9 تشرين الثاني 1983 (النشرة المدنية، III، رقم 222، صفحة 168، فهرس Defrénois، 1984، البند 33368، صفحة 101، ملاحظة J.L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 154، ملاحظة J. MESTRE)، وقد قضى هذا الحكم في الواقع أن إيجاب بيع لم يرجع عنه مقدم الإيجاب في حياته، لا يمكن أن يعتبر عديم المفعول أو غير محتج به تجاه ورثته بسبب وفاته وحده وأن قبول المرسل إليه هذا الإيجاب يجعل البيع تاماً. بيد أن الغرفة المدنية الثالثة ذاتها يبدو أنها عدلت اجتهادها من جديد في 10 أيار 1989 بأن الإيجاب الذي أصبح عديم المفعول بوفاة العارض لا يمكن أن يكون موضوع قبول من قبل المستفيد منه (D.1990، صفحة 165، تعليق VIRASSAMY). انظر تكوين العقد، رقم 316.

الحياة. ولا أحد اليوم يدافع عن هذا المذهب المتناقض بصورة جلية مع المادة 1211 من القانون المدني حتى على افتراض إلغاء هذا النص من قانوننا الوضعي[1].

644 ـ يتمسك التحليل الثاني بأن حق المستفيد ينتج عن إيجاب صادر عن الواعد.

قلب Thaller، للتملص من هذه الانتقادات، الاقتراح السابق واقترح نظاماً يصدر الإيجاب فيه عن الواعد وليس عن المشترط[2].

وقد صدرت عنه، في صدد التأمين على الحياة، الفكرة التي بمقتضاها يلتزم الواعد، مقابل تسديد علاوات التأمين، بتقديم إيجاب لصالح الغير المستفيد. ويفسر هذا التحليل كون حق الغير مباشراً ولم يمر على الإطلاق عبر ذمة المشترط المالية. كما أنه يسوغ الإمكانية المتروكة للغير في القبول بعد وفاة المشترط. «على الشركة، لكي تنسجم مع تعهداتها، عند وفاة المكتتب، أن تكشف واقعها للغير وأن تعرض عليه رأس المال المؤمَّن فيقبلها المستفيد عندئذ، وعندئذ فقط تقوم بين المؤمِّن والغير علاقة عقدية بدون أي تسخير، أي وجود دين (عليه) ودين (له)، موضوعها المبلغ الوارد في وثيقة التأمين الذي لم يدخل على الإطلاق ذمة المؤمَّن المالية. وإلى الآن لم يكن الإيجاب قد تكوّن والدين الذي يولّده غير موجود بعد: ما هو موجود هو حق المؤمَّن (أو تركته) في إكراه الشركة على طرح الإيجاب على الغير، في الوقت المناسب وذلك تحت طائلة المعاقبة بالفسخ».

إن هذه النظرية تتفوق على سابقتها بالتأكيد إلاّ أنها تتضمن أيضاً عيوباً. فالإيجاب بالفعل، في حالة وفاة الواعد، يكون عديم المفعول[3]. كما لوحظ أنه من الخطر ترك وجود الحق لتعسّف الواعد[4]. وتحليل Thaller، فضلاً عن ذلك، يترك العلاقات بين المشترط والغير في الظل[5]. ويمكن أخيراً، وعلى وجه الخصوص، أن يؤخذ على هذه البديلة لنظرية الإيجاب أنها تتنكر لوجود حق يمتلكه المستفيد قبل قبوله. وحق الغير، حسب هذا التحليل، لا يمكن أن ينشأ إلاّ في يوم القبول الذي له بالتالي مفعول إنشائي للحق وليس مجرد مفعول تعزيزي.

645 ـ ترى الفرضية الثالثة أخيراً أن إيجاب المشترط هو تخييري؛ إنه موجّه إلى المستفيد وإلاّ إلى ذاته.

عرض Lambert هذه النظرية التي وصفها بأنها بارعة ولم يرفضها إلا آسفاً[6].

---

(1) انظر ملاحظات LAMBERT، المرجع عينه.

(2) تعليق على حكم محكمة استئناف بوزانسون، 7 آذار 1887، Dalloz الدوري (D.P.) 1888، 2، 1.

(3) Obligations ،DEMOGUE، الجزء VII، رقم 815، صفحة 186.

(4) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 66.

(5) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 67.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 22 وما يليها، صفحة 30 وما يليها.

والمشترط، في عرف Boistel، وأساس نظامه التأمين على الحياة، «يشترط تحت شرط تخييري لصالح المستفيد أو لصالح نفسه»[1]، وقد وصف المؤلف ذلك بأنه «موجب تخييري بالنسبة إلى تسمية الدائن». هناك إذاً، حسب هذه النظرية، دائن أصلي، وتخييرياً دائن تابع، هو المستفيد: «إن المؤمَّن هو الدائن بموجب ملزم والمستفيد ليس سوى دائن لتسهيل الدفع». ويظهر المستفيد عندئذ كصاحب حق مقيد واحتياطي في الاستفادة من الاشتراط. فيكون، على هذا النحو، في وضع شخص ثالث[2]. وهذا هو بالضبط المأخذ على هذه النظرية حتى ولو كانت تفسر سبب تصرف المشترط بموجودات الإيصاء الموعود بها للغير في حالة الرجوع[3]. وقد لوحِظ بالفعل حول ذلك أن «القول إن المشترط الذي لم تتم دعوته إلاّ في حال تخلّف الغير هو دائن أصلي، يعني في الحقيقة قلب الوضع بالنسبة إلى المشترط والغير»[4]. ويظهر في الواقع ان المستفيد عليه موجب، طالما أن حقه ينشأ في يوم الاشتراط وليس في يوم قبوله[5]. ويمكن القبول مع Lambert إذاً أنه «ينبغي أن لا نسعى اليوم إلى تلطيف نظرية الإيجاب، بل يجب استبعادها كلّياً»[6]. ونظرية التعهد بإرادة أحادية الجانب التي من المناسب التطرق إليها الآن لا تحمل على الإقناع مطلقاً.

646 ـ يفسَّر حق المستفيد المباشر على الواعد بوجود تعهد أحادي الجانب للواعد.

كان لفرضية التعهد بإعلان أحادي الجانب للإرادة أشكال مختلفة في الفقه وإنما لم يكرسها القانون الوضعي الفرنسي أبداً بصورة عامة[7]. وسعى بعض المؤلفين إلى تفسير الاشتراط لصالح الغير عن طريق هذه الفكرة في أن إرادة الفرد، أي إرادة الواعد، تكفي لإلزامه[8].

ولاحظ Lambert أن الفكرة لم تكن جديدة. وقد سبق أن أعلنها في القانون القديم الرئيس Favre[9]، قبل أن يستعيدها الفقهاء الألمان. ويرتكز حق الغير، في هذه الرؤية، على

---

(1) BOISTEL، تعليق على حكم محكمة استئناف كان، 3 كانون الثاني 1888، D.P. 89، 2، 129.

(2) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 130، العمود الثاني.

(3) انظر رقم 603 السابق وشروحات LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 37 وما يليها صفحة 45 ومايليها والتعبير المستشهد به.

(4) انظر DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 817، صفحة 187.

(5) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 25، صفحة 33 ـ بالاضافة الى DEMOGUE المرجع عينه.

(6) انظر الرقمين 619 و633 السابقين.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 33، صفحة 42.

(8) انظر علاقة الموجب.

(9) WORMS, L'engagement par volonté unilatérale، أطروحة في باريس، 1891، صفحة 114. BAUDRY- LACANTINERIE et BARDE، I، رقم 161. ومنذ وقت أقرب B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الثالثة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1326.

(10) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 43 وما يليها، صفحة 52 وما يليها.

إرادة الواعد وحدها ولا يظهر المشترط ولا يقوم بأي دور. وهكذا يمكن تفسير كون حق المستفيد لم يمر على الإطلاق عبر ذمة المشترط المالية. وهذا النظام، بالمقابل، ليس في وسعه تحليل مظاهر أساسية أخرى للاشتراط لصالح الغير. وليس بإمكانه، على وجه الخصوص، تفسير اكتساب المستفيد حقه رجعياً ذلك بأن «الحق يرجع في مفاعيله إلى يوم القبول وليس إلى يوم الإيجاب»[1]. ونظرية الإعلان الأحادي الجانب تخفي بصورة خاصة المصدر العقدي للحق[2]. وإذا جرى قبول أن الواعد يلتزم من جانب واحد فلا يعود من الممكن فهم لماذا بإمكانه الاحتجاج في وجه المستفيد ببعض الاستثناءات الناشئة عن علاقاته بالمشترط التي هي مصدر حقه[3]. والقول إن الواعد يلتزم بفعل إرادته وحدها يعني نفي الأساس العقدي للاشتراط لصالح الغير[4]. ويصعب في النهاية إدراك وجود حق رجوع عن مبادرة المشترط[5]. وهكذا كان المؤلفون المعاصرون الذين تبنّوا أساس الإعلان الأحادي الجانب للإرادة مكرهين، وإنما مع وجود تناقض، على قبول أن إيجاب الواعد يدخل في عقد مبرم مع المشترط[6]، ويجب بالتالي استبعاده. يبقى أن نتفحص نظرية الفضول.

647 ـ المشترط هو الفضولي بالنسبة إلى الغير المستفيد.

اقترح هذا التفسير Labbé[7]. فالمشترط بإعطاء الغير حقاً ضد الواعد يدير أعمال المستفيد الذي يصادق، بقبوله اللاحق، على الإدارة رجعياً.

والرجوع إلى الفضول يتيح فقط تفسير وجود حق مباشر للغير تجاه الواعد. ويصطدم هذا الأساس، بالمقابل، «باعتراض حاسم»[8]. يُلزِم المدير، في الفضول، وفقاً للمادة 1372 من القانون المدني، «بالاستمرار في الإدارة التي بدأها وإتمامها إلى أن يتمكن المالك من القيام بها بنفسه». ولا يملك الفضولي إمكانية الرجوع عن إدارته في حين أن المشترط في

---

(1) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 44، صفحة 55.

(2) LAMBERT، الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 46، صفحة 57 ـ MARTY et RAYNAUD, Les obligations: le contrat، الطبعة الثانية، 1988، رقم 297. وكذلك PLANIOL et RIPERT Obligations، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 458.

(3) انظر الرقم 614 السابق وما يليه.

(4) في حرف LAMBERT (المرجع عينه) «يخفي نظام الإيجاب المفاعيل التي ينتجها العقد خارج حلقة المتعاقدين؛ ونظام الاعلان الأحادي الجانب يخفي المصدر العقدي للحق، وتبعيته تجاه العقد الناجم عنه، والأسباب الخاصة للفسخ أو البطلان الخاضع لها لأجل ذلك. وتنسب إلى إرادة وحيدة النتيجة التي حصلت في الحقيقة من توافق إرادتين».

(5) MARTY et RAYNAUD، المرجع عينه. انظر حول حق الرجوع الرقم 638 اللاحق.

(6) B. STARCK، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المرجع عينه.

(7) تعليقات في Sirey، 18d5، 1، 1، 1877، 393؛ 1888، 2، 49. وفي الاتجاه عينه DEMOLOMBE، الجزء 24، رقم 236 وما يليه، صفحة 215 وما يليها. انظر بالنسبة إلى دراسة شاملة وناقدة لهذه النظرية ـ J. BOYER-DORIOT الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 68 وما يليها.

(8) B. STARCK، المجلد 2، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، المذكوران سابقاً، رقم 1325.

الاشتراط لصالح الغير يستطيع دائماً الرجوع عن الاشتراط حتى قبول الغير. ويتعذّر بالتالي تسويغ حق الرجوع باعتماد نظرية الفضول[1]. كما لوحظ أن الغير المستفيد يبقى حرّاً في قبول الاشتراط أو رفضه في حين أن من جرى الفضول لمصلحته لا يملك هذا الامتياز عندما تكون الإدارة نافعة له[2]. والاشتراط لصالح الغير، فضلاً عن ذلك، ليس بالمعنى التقني تطبيقاً للتمثيل، كما الفضول. فالمشترط ليس ممثلاً. إنه «يبقى في علاقة قانونية بالواعد الذي بإمكانه أن يجبره، من تلقاء نفسه، على تنفيذ الوعد. فالمشترط هو فريق في العقد، إنه يستمد حقوقه من ذاته وليس من الممثَّل»[3].

648 ـ ليس ثمة، في النهاية، أي تفسير مُرضٍ كلياً للسبب البسيط جداً بأن التفسيرات جميعاً تنزع كلها إلى التوفيق بين حق المستفيد ومبدإ المفعول النسبي للعقود. وقد جرى، إضافة إلى ذلك، بيان أن هذا المبدأ كان يعتبر في القرن التاسع عشر مذهباً غير ملموس بحيث أن «أي استثناء لا يمكن إلا أن يكون ظاهرياً» كما أن المؤلفين «جهدوا في البرهنة على أن الغير المستفيد كان فريقاً حقيقياً متعاقداً»[4].

وقد تخلّى الفقه، مع تطور الأفكار وبتأثير Lambert، تدريجاً، عن فكرة جعل الغير المستفيد متعاقداً بقبول أن العقد يمكن أن ينتج مفاعيله في ذمة الغير المالية. وقد تبنت أغلبية المؤلفين هذه الفكرة[5].

وبعد أن حلل Lambert كتابات فقهاء القانون القديم، وCovarruvias وFavre وCharondas وChopin وFurgole وPothier[6]، خلص إلى أن الأساس العقدي للاشتراط

(1) انظر في الاتجاه عينه J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 68 ـ DEMOGUE المذكور سابقاً، رقم 816، صفحة 186 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 496، صفحة 382 ـ MARTY et RAYNAUD المذكورين سابقاً، رقم 296.

(2) J. BOYER-DORIOT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 69. وكذلك: في الاتجاه عينه FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 470.

(3) G. FLATTET, Les contrats pour le compte d'autrui أطروحة في باريس، 1950، رقم 109، صفحة 145 وصفحة 146 ـ وكذلك: PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 457.

(4) WEILL, Le principe de la relativité des coventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، موسوعة Dalloz، 1939، رقم 385، صفحة 693.

(5) FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 471 ـ Ch. LARROUMET، المذكور سابقاً، رقم 801 ـ MALAURIE et AYNÈS, Obligations الطبعة الرابعة، رقم 675، صفحة 378 ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، المذكورون سابقاً، رقم 498، صفحة 383 ـ H-L.J. MAZEAUD، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، رقم 801 ـ WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 395 وما يليها، صفحة 693 وما يليها ـ G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، الكراسة 1، رقم 6.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً الفقرة 61 وما يليها، صفحة 75 وما يليها.

لصالح الغير كان مقبولاً بشكل إجماعي؛ فالحق ينشأ لصالح الغير عن اتفاقية بقي أجنبياً عنها. والمسألة المنازع فيها كانت تتعلق بحق رجوع المشترط[1]. فمدونة القانون المدني، حسب المؤلف، لم تفعل سوى اعتماد الحلول الصادرة حسب القانون القديم، مع البت بالمسألة التي ظلت قابلة للنقاش[2]. «إن دعوى المستفيد تنشأ، اليوم كما في القانون القديم، عن عقد بقي أجنبياً عنه؛ والاشتراط لصالح الغير، اليوم كما في القانون القديم، هو استثناء لقاعدة شخصية العقد؛ ولم تعد هذه القاعدة سوى تفسيرية لإرادة الفريقين، واعادتها المادة 1165 إلى حدودها الشرعية»[3]. فحق المستفيد، المفهوم على هذا النحو، ينشأ قبل قبوله ولا أهمية تذكر لأن يكون قابلاً للرجوع أم لا. وتؤكد المادة 1121 من القانون المدني، فضلاً عن ذلك، ضمنياً على الأقل، هذا التحليل طالما أنها تنص على إمكانية الرجوع؛ «ويبقى الحق المكتسب رجعياً حقاً مكتسباً؛ ويتعذر التمسك بما هو غير موجود؛ فإمكانية الرجوع تستوجب الوجود»[4]. ويخلص المؤلف، منطقياً، إلى أن القبول ليس له «هدف إنشاء الحق وإنما توطيده. فالقبول لا يؤدي إلى اكتسابه»[5].

على أن بعض المؤلفين رأى أن هذه النظرية لم تكن تفسيراً وإنما مجرد تحقق[6]، إنها تقريباً إسباغ عمل على الممارسة السابقة، المكتشفة في القرن التاسع عشر والمطبقة اليوم. ويتعلق الأمر بالنسبة إلى آخرين بمؤسسة أصلية شاذة عن مبدإ المفعول النسبي للعقود[7]. ويبدو أن ذلك هو التفسير الأكثر إرضاء.

---

(1) الأطروحة الآنفة الذكر، الفقرة 74، صفحة 84 وما يليها.

(2) الأطروحة السالفة الذكر، الفقرة 58، صفحة 72. وكذلك E. GAUDEMET, Étude sur la transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898، صفحة 347.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 70، صفحة 80.

(4) LAMBERT، الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 75، صفحة 87. انظر أيضاً الفقرة 79، صفحة 89.

(5) المذكور سابقاً، الفقرة 77، صفحة 87.

(6) FLOUR et AUBERT، المذكوران سابقاً، رقم 471.

(7) H-L-J. MAZEAUD المذكوران سابقاً، رقم 801، صفحة 898 ـ MALAURIE et AYNÈS، المرجع عينه.

القسم الفرعي 3

تطبيق الاشتراط لصالح الغير

649 ـ بات من التقليدي بيان أن نمو التأمين، ولاسيما التأمين على الحياة، في القرن التاسع عشر، أتاحه اللجوء إلى إوالية الاشتراط لصالح الغير[1]، مما كان له، بطريقة غير مباشرة، مفعول إثراء النظرية العامة للاشتراط أو لصالح الغير[2]. على أن التقنين اللاحق لقانون التأمينات لم يحل جميع الصعوبات، بحيث أن اللجوء إلى القانون العام للاشتراط ما يزال يقدم الخدمات.

وهكذا بتت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في 12 كانون الأول 1986[3]، انطلاقاً من الاجتهاد السابق للتشريع الخاص بالتأمين، ولاسيما ثلاثة أحكام تقليدية في 6 شباط و22 تشرين الأول 1888 و4 أيار 1904، لصالح محكمة الإحالة بتناقض الاجتهاد بين حكم الغرفة المدنية الأولى الصادر في 26 أيار 1982 وحكم محكمة استئناف اميان في 10 كانون الأول 1984 التي حكمت في الاتجاه عينه لحكم محكمة استئناف باريس في 26 تشرين الثاني 1980 الذي نقضته الغرفة المدنية الأولى. كان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان أحد الزوجين في نظام شيوع الأموال، وقد اكتتب بعقد تأمين ممول من أرباحه وأجوره، عليه، إلزامياً، أن يحصل، تطبيقاً للمادة 1422 من القانون المدني، على رضا الزوج الآخر، لتسمية مستفيد بصفة مجانية، إمّا استناداً الى العقد، وإمّا بصورة لاحقة في شكل تعديل للتخصيص السابق، وذلك أيّاً كانت طبيعة العقد المعني: عقد موقت

---

(1) لن تفحص مختلف نماذج التأمينات المرتكزة على الاشتراط لصالح الغير الذي أصبح مقنناً اليوم. ودراستها مستمدة من دراسات العقود الخاصة، وسوف تدرس بهذه الصفة. وتكفي الملاحظة، كما سنحت الفرصة لذلك بصورة وفيرة، ان التأمين على الحياة، بصورة خاصة، هو أحد التطبيقات الأكثر تواتراً للاشتراط لصالح الغير.

(2) إن القانون الوضعي، بفعل تكاثر التأمين، اعترف بالطبيعة القانونية للاشتراط لصالح الغير وحددها بدقة.

(3) D.1987، صفحة 269، تعليق J. GHESTIN، وقد بسط البرهنة المبنية على اجتهاد نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين، مما أدى إلى إقناع محكمة الإحالة والهيئة العامة، وبصورة خاصة في ثلاثة أحكام تقليدية في 6 شباط و22 تشرين الأول 1988 و4 أيار 1904.

أو عقد يحوي مقابل وفاء رياضي يسوّغ قيمة الشراء، ولاسيما بسبب طابعه المختلط، أي الطابع التخييري، تأمين على الحياة أو تأمين متعلق بالوفاة، في حالة الوفاة قبل التاريخ المتفق عليه في وثيقة التأمين.

والحل الذي اعتمدته الهيئة العامة مبني بشكل أساسي على المفعول الرجعي للاشتراط لصالح الغير. ويستنتج من ذلك أن الحقوق التي يملكها المؤمَّن وحده على مقابل الوفاء الرياضي الذي هو بحوزة المؤمِّن إذا لم يستعمله-قبل وفاته، يكتسبها رجعياً ومباشرة الغير المستفيد وحده المسمى في هذه الآونة، بحيث أن رأس المال المتوجب على المؤمِّن في حالة وفاة المؤمَّن من المفترض أنه يعود إلى الغير المستفيد ابتداء من يوم العقد، وأنه لم يدخل على الإطلاق ذمة المؤمَّن المالية. ولا يمكن بالتالي، في أي حال، على عكس ما حكمت به الغرفة المدنية الأولى في 26 أيار 1982، أن يشكل مالاً في الأموال الشائعة بين الزوجين التي لم يكن بإمكان المؤمَّن التصرف بها، حسب المادة 1422 من القانون المدني، إلاّ برضا الزوج الآخر.

650 ـ ليس التأمين سوى تطبيق من بين التطبيقات الأخرى للاشتراط. وهو، إضافة إلى ذلك، «متعدد ومتنوع»[1]، مما يجعل أي محاولة تركيب دقيقاً[2] ويفسر ولاريب، أن العديد من المؤلفين يربط فقط الاشتراط لصالح الغير بالعقد الأعم الذي يندمج فيه[3]. وبعضهم، فضلاً عن ذلك، يبحث في الاشتراط لصالح الغير عن تفسير لبعض التقنيات التي أعدتها الممارسة، ويأمل بعضهم الآخر استخدامه لسد ما رأى أنه ثغرات في القانون. غير أن هذه التحاليل الأخيرة لا تحمل على الإقناع.

يبدو من الممكن إذاً، بدون ادعاء الشمولية، دراسة بعض التطبيقات الخاصة للاشتراط لصالح الغير ثم حدود المفهوم.

---

(1) PLANIOL et RIPERT، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN، رقم 55 صفحة 458 ـ A. LASLAMI, Les aspects contomporains de la stipulation pour autrui، أطروحة في باريس، طبع على الآلة الكاتبة، 1978.

(2) J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170، وما يليه، صفحة 170 وما يليها، وفي عرفه للاشتراط لصالح الغير-موضوع مزدوج إنه وسيلة توسيع مجال المسؤولية العقودية ووسيلة غير تامة بالتأكيد لنقل الديون.

(3) انظر DEMOGUE, Obligations، الجزء VII، رقم 778 وما يليه، صفحة 139 وما يليها ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، المرجع عينه ـ TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، المذكورين آنفاً، رقم 493، صفحة 380 ـ B. STARCK, Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1313 وما يليه ـ FLOUR et AUBERT, Obligations، المجلد 1، العمل القانوني، الطبعة الرابعة، 1990، رقم 465.

الفقرة 1 ـ التطبيقات الخاصة للاشتراط لصالح الغير

651 ـ استخدم الاجتهاد الاشتراط لصالح الغير بصورة خاصة من أجل توسيع مجال المسؤولية العقدية وفي سبيل تحديد الطبيعة القانونية لإمكانية الاستبدال في الوعود بالبيع.

I ـ توسيع مجال المسؤولية العقدية

652 ـ كان الاشتراط لصالح الغير التقنية التي تستخدمها المحاكم لتأمين التعويض على بعض فئات الضحايا بشكل مرض[1]. على أنه اليوم، مع انتشار المسؤوليات الموضوعية، أصبح في العفاء، واستبعد المستفيدون منه. يضاف إلى ذلك، وبتأثير الإصلاحات التشريعية، أن اللجزء إلى الاشتراط لصالح الغير محظر في بعض الحالات.

653 ـ استخدام الاشتراط لصالح الغير من أجل التعويض ضمن شروط مرضية على بعض فئات الضحايا.

تم استخدام الاشتراط لصالح الغير في مجال النقل على وجه الخصوص، وكان الأمر يتعلق بأن تؤمن للضحايا، بطريقة غير مباشرة، إمكانية تعويض منصف عن الضرر الذي أصابها. وبنقل المسؤولية المترتبة على الناقل إلى أرضية المسؤولية العقدية تتخلص الضحية من سلطان القواعد التي تسوس المسؤولية التقصيرية. وهكذا تعفى من تقديم البيّنة على خطإ الناقل في حقبة كان فيها نظام المسؤولية عن فعل الأشياء غير يقيني[2].

وكان المستفيدون من الاشتراط لصالح الغير، بالفعل، عندما كان الاجتهاد يضع على عاتق الناقل موجب أمن يتحلل كموجب نتيجة[3]، يعفون من تقديم البيّنة على خطإ الناقل[4]. وكان اللجوء إلى المسؤولية العقدية يتمثل فيه هكذا كنفع أكيد[5]. ولهذا السبب افترضت محكمة النقض في قضية Noblet أن الضحية لم تشترط لصالح ذوي قرباها[6]، ورفضت مع

---

(1) J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 171 وما يليه، صفحة 128 وما يليها.

(2) J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 190، صفحة 142 ـ B. STARCK Obligations، المجلد 2، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 1317 ـ G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، الكراسة 1، 1986، رقم 64.

(3) G. VINEY, La responsabilité: conditons، رقم 551، صفحة 657.

(4) G. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 404 وما يليه، صفحة 708 وما يليها.

(5) WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 409، صفحة 717 ـ G. FLATTET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 118، صفحة 156، وما يليها. وكذلك M. PICARD, La stipulation pour autrui et ses principales applications، أعمال رابطة H. CAPITANT، الجزء VII، 1952، صفحة 267 وما يليها وخصوصاً صفحة 280.

(6) النقض المدني، 6 كانون الأول 1932، D.P. 1933، 1، 137، تعليق JOSSERAND؛ S.1934، 1، 81، تعليق P. ESMEIN، المجلة العامة للتأمين البري، 1933، صفحة 398، تعليق M. PICARD، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1933، صفحة 109 ملاحظة DEMOGUE.

ذلك امتداد حلقة المستفيدين بشكل مبالغ فيه[1].

وكانت محكمة النقض تؤمن بصورة ملموسة تعويضاً فعالاً للضحايا بطريقة غير مباشرة في حادث النقل. وحققت في الوقت عينه وحدة نظام المسؤولية الذي كان الناقل يخضع له[2]. بيد أن انتشار المسؤولية الموضوعية المبنية على المادة 1384، الفقرة الأولى، من القانون المدني أدى الى إعادة النظر في هذه النتائج الحاصلة من مبادرة مستقلة صرف.

654 ـ تقهقر الاشتراط لصالح الغير في مجال المسؤولية.

كان يمكن، رغماً عن المنافع الأكيدة للاشتراط لصالح الغير الضمني في عقود نقل الأشخاص، أن ينقلب ضد المستفيدين منه. وبالفعل كانت تحديدات المسؤوليات التي يشترطها الناقل تفرض على المنقول وعلى الغير المستفيد[3].

على أن إوالية الاشتراط لصالح الغير تترك خياراً للمستفيد طالما أن بإمكانه دائماً العدول عن الاشتراط ووضع نفسه في أرضية المسؤولية التقصيرية وكانت بنود تحديد المسؤولية المدخلة في عقد النقل، إذا مارس هذا الخيار، لا يحتج بها ضده. وهذا ما يفسر أن الضحايا، اعتباراً من عام 1951، فضلوا، بطريقة غير مباشرة، العدول عن الاستفادة من الاشتراط الضمني المشترط لصالحهم.

وهكذا جرى الحكم في عقد النقل البحري بأن «المادة 1384، الفقرة الأولى، تنص على قاعدة عامة تطبق على الملاحة البحرية، كلما كانت الأحكام الخاصة للقانون غير مستبعدة صراحة أو ضمناً. ويجوز لأصحاب العلاقة (خلفاء الضحية الذين يتصرفون باسمهم الشخصي) العدول عن الاشتراط الحاصل لصالحهم من قبل المتوفى في آونة إبرام عقد

---

(1) انظر الرقم 617 السابق.

(2) يعترف الاجتهاد في نقل السلع للمرسل عليه بدعوى مباشرة ضد الناقل على أساس الاشتراط لصالح الغير مما يؤكد وحدة نظام المسؤولية الذي يخضع له الناقل. انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، أول شباط 1966، D. 1966، صفحة 338، تعليق DURAND ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 28 شباط 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، IV، 148 ـ R. RODIÈRE et B. MERCADAL, Droit de transport terrestres et aériens الطبعة الرابعة، 1984، رقم 283، صفحة 331 ـ PLANIOL et RIPERT، الجزء VI، تأليف ESMEIN، المذكوران سابقاً، رقم 355، صفحة 400، ولاسيما التعليق 5. وكذلك J. NERET, Le sous- contrat، أطروحة في باريس، منشورات L.G.D.J.، 1979، مقدمة P. CATALA، رقم 342 وما يليه، صفحة 245 وما يليها، وفي شأن دعوى المرسل أو المرسل إليه أو الناقل المستبدل، ملاحظات المؤلف الناقدة.

(3) انظر R. RODIÈRE، موسوعة Dalloz فهرس القانون المدنيْ، الطبعة الثانية، V، عقد النقل، 1971، رقم 57، «يصبح [الاشتراط] خطراً بالنسبة إلى المستفيدين منه عندما يحوي العقد بند عدم المسؤولية أو بند تحديد التعويض ذلك بأنه يحتج به ضد المدعين الذي يستندون إلى العقد». ـ R. RODIÈRE et B. MERCADAL، المذكوران سابقاً، رقم 352، صفحة 410 ـ Ch. LARROUMET، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V الاشتراط لصالح الغير، رقم 10.

القسمة، ووضع أنفسهم في أرضية المسؤولية التقصيرية»[1]. إن محكمة النقض أخذت بحل مماثل في مجال النقل الجوي[2] والبري[3]. وقد أوصل هذا البناء الاجتهادي في النهاية إلى جعل مصير الضحايا، بطريقة غير مباشرة، مرغوباً فيه أكثر من المصير المخصص للضحية المباشرة التي تبقى خاضعة للبنود التحديدية للمسؤولية. وهذا التباين في نظام التعويض جرى تخفيفه لاحقاً بتدخل المشترع.

655 ـ تأثير التشريعات المتعلقة بالمسؤولية.

لم يعد للاجتهاد الذي جرى عرضه اليوم سوى مجال تطبيق متبقٍ إذ تدخل المشترع لتوحيد نظام المسؤولية الذي يخضع له بعض الناقلين[4].

فالمادة 24 من اتفاقية فرصوفيا في شأن النقل الجوي الدُولي[5] تنص على أن «كل دعوى مسؤولية، في الحالات المبنية في المادتين 18 و19، بأي صفة كانت، تتعذر ممارستها إلاّ ضمن الشروط والحدود الواردة في هذه الاتفاقية». وفي ما يختص بالنقل الجوي الداخلي المنعوت بالنقل البيتي، تنص المادة L.3-322، الفقرة 2، من قانون الطيران على أن «مسؤولية الناقل جواً لا يمكن البحث عنها إلاّ في الشروط المبينة أعلاه، ايّا كان الاشخاص المقحمون، وايّا كانت الصفة يدعون التصرف استناداً إليها». والمادة 42 من القانون رقم 66 ـ 420، تاريخ 18 حزيران 1966، حول عقود استئجار السفن والنقل البحري، تنص على أن «أيّ دعوى مسؤولية بأيّ صفة كانت لا يمكن أن تمارس إلاّ ضمن الشروط والحدود المبينة في هذا الفصل».

فمجال الاشتراط لصالح الغير لمنفعة بعض فئات الضحايا محصور إذاً في عقد النقل الداخلي، وإنما لا يتم التمسك به عملياً بفعل انتشار المسؤولية الموضوعية.

---

(1) حكم Lamoricière، 19 حزيران 1951، D.1951، صفحة 717، تعليق G. RIPERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1951، II، 6426، تعليق BECQUÉ؛ S.1952، 1، 89، تعليق NERSON. وفي الاتجاه عينه حكم Champollion، 23 كانون الثاني 1959، D.1959، صفحة 281، تعليق RODIÈRE، النشرة المدنية، II، رقم 80، صفحة 50.

(2) حكم Vizioz، 23 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية، II، رقم 82، صفحة 53؛ D.1959، صفحة 101، تعليق SAVATIER، مصنف الاجتهادات الدوري 1952، II، 11032 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 23 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية، II، رقم 83، صفحة 54 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1959، النشرة المدنية II، رقم 88، صفحة 58.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 حزيران 1961، النشرة المدنية، I، رقم 354، صفحة 282، في ما يتعلق بحادث حافلة كهربائية (tramways) وقد توخّى ذوو قربى الضحية إثبات خطإ الناقل.

(4) انظر J.L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 51 ـ LASLAMI، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 304 وما يليها.

(5) اتفاقية 12 تشرين الأول 1929 المعدلة في آخر المطاف بأربعة بروتوكولات في مونريال في 25 أيلول 1975، وقد صادقت فرنسا عليها في القانون (رقم 81 ـ 1079)، 7 كانون الأول 1981 (الجريدة الرسمية، 9 كانون الأول، صفحة 3351) غير الساري المفعول بعد.

وما زال الاجتهاد، خارج هذا المجال، يستخدم إوالية الاشتراط لصالح الغير من أجل إعطاء الضحايا دعوى عقدية ضد المسؤول الذي لا يربطها بهم أي رباط عقدي. وهكذا مثلاً اعترف الاجتهاد، في المادة الطبية، لضحية نقل الدم بدعوى مسؤولية ضد المركز الوطني لنقل الدم الذي أمن الدم للمستشفى[1]. إن الأمثلة على هذا النوع نادرة اليوم، إذ يستبعد الاجتهاد في أغلب الأحيان فكرة الاشتراط لصالح الغير لإعطاء الضحية دعوى مسؤولية ضد المسؤول[2]. إن توسيع مجال المسؤولية العقدية للغير، بصورة أعم، لم يعد يحقق عن طريق الاشتراط لصالح الغير وإنما عن طريق الدعوى المباشرة[3].

II ـ الطبيعة القانونية لإمكانية الاستبدال

656 ـ كانت محكمة النقض، حتى عام 1993، تحلل بشكل ثابت، وبدون منازعة ممكنة، إمكانية الاستبدال كاشتراط لصالح الغير وليس كحوالة للحق.

النتيجة هي عينها كما في التنازل عن وعد بالبيع يمكن الحصول عليه بإدخال بند يحتفظ فيه المستفيد بالخيار في استبدال أي شخص حسب اختياره.

وهذا الوصف جرى تكريسه في الشكل الأكثر وضوحاً في حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 2 تموز 1969[4].

فقد أخذ مدعي الطعن على الحكم المطعون فيه «أنه حلل نقل حق» المستفيد من وعد ببيع قطعة أرض تطبيقاً لبند استبدال «مرشحي اكتساب الملكية إلى اشتراط لصالح الغير، في حين أن ثمة تنازلاً حقيقياً باطلاً تطبيقاً للمادة 7 من قانون 19 كانون الأول 1963». ومن المعروف، استناداً إلى هذا النص الذي أصبح المادة 1840 A من القانون العام للضرائب، أن الوعود الأحادية الجانب بالبيع ذات التوقيع الخاص، باطلة إذا لم تسجل في مهلة عشرة أيام اعتباراً من قبول هذه الإمكانية في الخيار[5]. «والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى أي تنازل يتناول الوعود المذكورة. . .»[6]. وكان من الجوهري إذاً معرفة ما إذا كان استخدام إمكانية

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1954، D.1955، 269، تعليق RODIERE، مصنف الاجتهاد الدوري، 1955، II، 8490 و8559 مكرر، تعليق SAVATIER. انظر منذ وقت أحدث حكم المحكمة البدائية في نيس، 27 تموز 1992، D.S.1993، صفحة 38، تعليق D.VIDAL ـ حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21797، تعليق M. HARICHAUX. وكذلك J-L. GOUTAL الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 173 ورقم 174، صفحة 129 وصفحة 130.

(2) انظر الرقم 617 السابق.

(3) انظر الرقم 739 اللاحق.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 541، صفحة 405؛ D.1970، صفحة 150، تعليق J-L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1970، صفحة 347، ملاحظة LOUSSOUARN.

(5) انظر تكوين العقد، رقم 334.

(6) المادة 1840 -A من القانون العام للضرائب.

الاستبدال يشكل تنازلاً يخضع على هذا النحو للتسجيل.

وقد ردت محكمة النقض الطعن إذ لاحظت، في الشكل الأكثر وضوحاً، «أن قضاة الأساس، إذ ذكّروا بأن الوعد الأحادي الجانب البيع الذي أجرته الأرملة Gava إلى Ballatore، المسجل نظامياً في اليوم التالي، كان يحوي إمكانية السيد Ballatore في أن يُستبدل به أي مكتسب ملكية حسب اختياره، أعلنوا بحق أن مجرد الإعلان من ناحيته، لتحقيق عملية كهذه، كان يكفي أن لا تكون أي حوالة حق قد تمت بينه ومكتسبي الملكية الذين سماهم، ذلك بأن العقد يتحلل كاشتراط لصالح الغير؛ وأن محكمة الاستئناف، استناداً إلى أسباب التسويغ هذه، بدون التعرض لمأخذ وسيلة الدعم، سوّغت حكمها قانوناً».

ومن المعروف أن عبارة «أعلن بحق» الواردة في حكم الرد هذا تعبر عن إرادة محكمة النقض في أن تؤيد صراحة وأن تأخذ على عاتقها الحل الذي طعن فيه طالب النقض. وقيمة حكم الرد هذا كسابقة، إذ يشكل حجية، لا جدال فيها إذن[1]. وينبغي تحليل إمكانية الاستبدال الواردة في الوعد بالبيع كاشتراط لصالح الغير وليس كتنازل.

واستبعدت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 17 نيسان 1984[2]، وسيلة دعم بمقتضاها «يشكل استخدام المستفيد وعد الإمكانية العقدية بالاستبدال بغير المستفيد وهو ليس اشتراطاً لصالح الغير ولا ينشيء حوالة حق، بالضرورة تنازلاً ووعداً أحادي الجانب بالبيع خاضعاً إلزامياً لأحكام الانتظام العام الواردة في المادة 1840 A من القانون العام للضرائب؛ ولا أهمية تذكر، في هذه الحالة، لوجود عمل مميز لكتاب الاستبدال المؤرخ في 27 شباط 1980، وفاعله نفسه لم يستعمل حق الخيار وبالفعل كان ثمة تنازل عن الوعد الأحادي الجانب بالبيع في 19 كانون الثاني 1980 بمعنى النص المعني الذي انتهكه الحكم».

وفي عرف محكمة النقض «أن الحكم، بعد أن أخذ بأن السيد Bouquet، المستفيد الأولي، لم يستعمل حق الخيار بل اكتفى بالإعلام أنه حل بديلاً عن الزوجين Saul، أعلن بصواب أن هذا الاستبدال الذي ليست له صفة التنازل لا يدخل مجال تطبيق المادة 1840 A من القانون العام للضرائب...». وهكذا كان الحل موضع تأييد بوضوح. فليس لممارسة إمكانية الاستبدال المشترط في الوعد طابع التنازل. ان الأمر يتعلق، خلافاً لما ورد في الدعم المقدم لمحكمة النقض الذي جرى رده، باشتراط لصالح الغير حسب الوصف الذي

---

(1) انظر المدخل العام، رقم 459 والمؤلفين المستشهد بهم ولاسيما J. VOULET, L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation، مصنف الاجتهادات الدوري، 1970، 1، 2305، رقم 13 ورقم 14.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 87، صفحة 70؛ 1984، Defrénois، البند 33432، ملاحظة G. VERMELLE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 177، ملاحظة RÉMY، D.1985، صفحة 234، تعليق I. NAJJAR ـ انظر مع ذلك، منذ وقت أحدث، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 27 أيار 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، IV صفحة 266، الذي رأى أن إمكانية المستفيد من وعد ببيع عقار في استبدال نفسه بالغير لا ينزع عن الاتفاقية نفسها طابعها الأحادي الجانب. وتغدو إذاً خاضعة لموجب التسجيل في المهلة القانونية تحت طائلة البطلان.

سبق أن اعتمده حكم 2 تموز 1969 الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة نفسها.

إن الغرفة نفسها، إذ ردت في أول نيسان 1987[1] طعناً يأخذ على الحكم المطعون فيه انتهاك المادتين 1690 و1121 من القانون المدني والمادة 1840 من القانون العام للضرائب بحجة أن هذا «الحكم أخذ بصواب بأن قيام المستفيدين من وعد بالبيع باستبدال أنفسهم بالغير لا يشكل حوالة حق ولا يتضمن موجب إنجاز المعاملات المنصوص عليها في المادة 1690 من القانون المدني»، أكدت اجتهادها السابق وبمقتضاه تتحلل إمكانية استبدال كهذه كاشتراط لصالح الغير.

لا شك في أن الغرفة المدنية الأولى لا تكرر هذا الوصف صراحة. بيد أنه من المعروف أن محكمة النقض لا تجد ضرورة لاستعادة التسويغ النظري لحل ما عندما تعمد إلى تطبيق جديد لهذه النظرية. وكما لاحظ أحد المؤلفين[2] المأذون له بصورة خاصة في تفسير أحكام محكمة النقض «يُقدّر أنه بالإمكان، بالبناء على سابقة أكيدة، عدم ذكر مصدر الاستدلال». إن انتهاك المادة 1121 من القانون المدني تمسك به طالبو النقض صراحة وذلك يكفي لبيان أن وصف الاشتراط لصالح الغير كان دعامة الحل الذي اعتمده قضاة الأساس لاستبعاد وصف حوالة الحق.

وفي 27 نيسان 1988[3] حكمت الغرفة المدنية الثالثة أيضاً «بأن ممارسة المستفيد من وعد أحادي الجانب بالبيع الإمكانية المعترف له بها في أن يستبدل نفسه بشخص آخر، ليس لها طابع حوالة الحق، وأن محكمة الاستئناف التي تحققت من أن السيد Breittmayer، المستفيد المستبدل، رجع عن قبوله، تمكنت، بغض النظر عن سبب تسويغ متوفر، من الأخذ بأن صفة السيدة Van Steenlandt في استعمال الخيار لم تكن موضع شك».

ومن المرجح أن محكمة النقض كانت مهتمة بصون حقوق المستبدل المشروعة تجاه حقوق إدارة الضرائب، واعتمدت لهذه الغاية الاشتراط لصالح الغير لتجنيب حق الغير البطلان. إن اهتمامات معينة، أيّاً كان الأمر، قادت محكمة النقض إلى الاعتراف، في مجال التأمين على الحياة، للمستفيد بحق مباشر يتملص من سيطرة دائني المشترط أو ورثته. ويمكن تقدير أن الحل المعتمد ليس مبنياً على أساس قانوني وحسب بل إنه مسوّغ، فضلاً عن ذلك، بالإنصاف ويستحق التأييد.

وقد أكدت الغرفة المدنية الثالثة رد وصف حوالة الحق أيضاً، في 27 تشرين الثاني

---

(1) Les Petites Affiches، 30 تشرين الأول 1987، صفحة 13 وما يليها، تعليق J. GHESTIN؛ النشرة المدنية، III، رقم 68، صفحة 40؛ D.1987، صفحة 454، تعليق AYNÈS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 778، ملاحظة Ph. RÉMY.

(2) A. BRETON، ملاحظة على حكم النقض المدني في 6 كانون الثاني 1987، Defrénois 1987، البند 34027، صفحة 991.

(3) النشرة المدنية، III، رقم 83، صفحة 48؛ D.1989، صفحة 65، تعليق I. NAJJAR؛ فهرس Defrénois، 1988، البند 34384، رقم 127، صفحة 1465، ملاحظة G. VERMELLE.

1990[1]. وهكذا حكمت بأن «قيام المستفيد من الوعد بالبيع باستبدال نفسه بالغير لا يشكل حوالة حق، وأن محكمة الاستئناف، التي أخذت بأن لا شيء يجبر السيد Baudiquey على إخطار البائعة بأنه استبدل نفسه بشركة SCI Saint Valentin لشراء قطعة الأرض، سوّغت حكمها قانوناً».

يبدو تنازع الأوصاف إذاً قد تمت تسويته في النهاية في القانون الوضعي.

657 ـ بيد أنه يبدو أن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بدأت بتعديل اجتهادها في حكم 7 تموز 1993[2].

كان النزاع الذي على محكمة النقض البت به يتمثل في الشكل الأكثر تقليدية. فقد باع الزوجان Prunier في 26 حزيران 1986 ملكاً ريفياً شركة المنازل الريفية مع إمكانية الاستبدال كمكتسب ملكية وكفلا ذلك في الوقت عينه. فحلت الشركة محل الزوجين Andrieu في أول تموز 1986. بيد أن الزوجين Prunier باعا الشركة، في النهاية، قسماً من الملك وأجّرا الباقي لصالح ابن مدير الشركة. فقاضت السيدة Andrieu عندئذ الزوجين Prunier للفسخ الجبري للبيع. فرد ادعاؤها إلاّ أنه جرى قبول طعنها بالعبارات التالية:

«أخذ الحكم، لرد ادعاء السيدة Andrieu، بعد أن أعلن بالضبط أن التنازل عن العقد الذي قامت به شركة المنازل الريفية لصالح السيدة Andrieu كان خاضعاً لتطلبات المادة 1690 من القانون المدني، بأن الاعتراف بوجود التنازل من قبل الزوجين Prunier، خارج أي ظرف، يُظهر بشكل أكيد أنهما توخيا الموافقة على استبدال السيدة Andrieu، وليس من شأنه أن يكون مساوياً القبول الضمني من جهتهما بنقل الدين؛ ومحكمة الاستئناف، بالحكم على هذا النحو، في حين أن إمكانية الاستبدال المعطاة للزوجين Prunier، في العقد ذي التوقيع الخاص الذي يربطهما بمكتسب الملكية، لم تكن مقترنة بأي شرط آخر غير شرط كفالة مكتسب الملكية الأصلي بالنسبة إلى مكتسب الملكية المستبدل، انتهكت» المادة 1134 من القانون المدني.

إن إيجاز هذا الحكم يجعل تقديره دقيقاً. ثمة شيء أكيد، وإن كان مجرداً من الفائدة بالنسبة إلى مقصدنا، هو أن قضاة الأساس ليس بإمكانهم أن يضيفوا إلى العقد موجباً لا يحويه. ولا توجد هنا أي أصالة. فقضاة الأساس، طالما أن العقد لا يتضمن بند الموافقة على التنازل، لم يكن في وسعهم إخضاع تمامه لقبول الزوجين Prunier استبدال السيدة Andrieu في حقوق شركة المنازل الريفية[3]. كما أن إخضاع التنازل عن العقد للمعاملات

(1) النشرة المدنية، III، رقم 248، صفحة 140؛ فهرس Defrénois، 1991، صفحة 1241، ملاحظة Y. DAGORNE- LABBÉ.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 111، صفحة 473، D.1994، صفحة 211 من الموجز، ملاحظة A. PENNEAU.

(3) إن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، على عكس ما تمكن أحد المؤلفين من اعتماده، لم يشر مطلقاً =

الواردة في المادة 1690 من القانون المدني ليس جديداً[1]، وإن كان منازعاً فيه في مفهوم معين لطبيعة «التنازل عن العقد»[2].

وبالمقابل، يبدو أن تأييد محكمة النقض الحكم المطعون فيه، في القانون، كما يبين ذلك استخدام التعبير «بعد أن أورد بالضبط»، اجتهاده الذي يتمسك بتنازل من عقد بالنسبة إلى إمكانية الاستبدال، يستوجب تعديلاً لتحليله. وتقود قراءة أولى بالفعل إلى الأخذ بأن إمكانية الاستبدال، بالنسبة إلى الغرفة المدنية الثالثة، تتحلل كتنازل عن العقد. وبالفعل لم تعلن المحكمة عن مبدإ عام ومجرد؛ إنها اكتفت بالأخذ بأن «التنازل عن العقد قامت به شركة المنازل الريفية لصالح السيدة Andrieu». وهكذا تجنبت أن تبين، بطريقة لا شخصية، أن استبدال المستفيد من الوعد بالبيع نفسه بالغير يشكل تنازلاً عن العقد. يضاف إلى ذلك أن التأييد القانوني الوارد في أسباب التسويغ التي اعتمدتها يمكن أن يتعلق بتطبيق المادة 1690 من القانون المدني على التنازل عن العقد بدون أن يشمل ذلك الوصف نفسه للتنازل. ومن المعروف بالفعل أن تطبيق معاملات المادة 1690 من القانون المدني على التنازل عن العقد موضع جدال[3]. والمحكمة، ببيان أن التنازل عن العقد كان خاضعاً لتطلبات المادة 1690، تمكنت فقط من أن تتناول رقابتها الاستنتاج القانوني وليس وصف العقد الذي ربما لم تتم مناقشته أمام قاضي الأساس[4]. ويمكن، فضلاً عن ذلك، استدلالاً بالضد، التفكير في أن الرقابة لم تتناول الوصف، وكان بإمكان الغرفة المدنية الثالثة استخدام صيغة أكثر إيجازاً. كان بإمكانها، مثلاً، بيان أن الحكم، بعد أن أعلن على وجه صحيح أن إمكانية الاستبدال، يتحلل كتنازل عن العقد خاضع للمادة 1690 من القانون المدني... ومن المعروف ولا ريب أن أي تفسير بالاستدلال بالضد هو جزافي؛ بيد أن هذه الطريقة في التحليل هنا تنضم إلى التفسير الحرفي، وليس من المستحيل بالتالي التفكير في أن الأمر يتعلق بحل قضية معينة.

ثمة مؤشران إضافيان في هذا الاتجاه حتى ولو لم يكونا ناتجين عن تفسير الحكم. إن مصلحة التوثيق، في المقام الأول، وهي تقوم بالنشر الرسمي، تحدد أن الحكم «يقارن»

= إلى «أن شكلية حوالة الحق مستبعدة ضمنياً ما دام أن المتنازل، كما في الحالة الراهنة، تعهد تجاه المحال عليه بضمان التخلف المحتمل للمحال عليه (يقتضي على الأرجح قراءة المتنازل له)»، A. PENNEAU، المرجع عينه، صفحة 212. إن محكمة النقض تعاقب فقط قضاة الأساس على إخضاع صحة التنازل لموافقة غير منصوص عليها عقدياً. ومن المعروف أن مجرد إبلاغ المدين المحال عليه يكفي لحجية النقل تجاه الغير. والمسألة الوحيدة التي يمكن طرحها هي مسألة معرفة ما إذا كانت محكمة النقض، بالحكم على هذا النحو، قد قبلت صحة التنازل الاتفاقي عن العقد بدون موافقة المحال عليه، أي أنه قائم فقط بين المتنازل والمتنازل له.

(1) انظر الرقم 688 اللاحق.

(2) انظر الرقم 695 اللاحق والتعليق.

(3) انظر الرقم 688 اللاحق.

(4) من المعروف، في هذه الحالة، ان الدعم الذي ينزع إلى معارضة الوصف أمام قاضي النقض ممزوج بالضرورة بالواقع والقانون وغير مقبول انطلاقاً من ذلك. انظر الرقم 129 السابق.

بحكم 27 تشرين الثاني 1990 (المذكور سابقاً). ولم يؤت على ذكر «في الاتجاه المعاكس»، ما هي الصيغة التي تدل على تحول في الاجتهاد. وهذه المصلحة نفسها، في المقام الثاني، تستخدم كلمات مفاتيح «حوالة الحق» وليس «رد التنازل عن العقد». ولهذا البرهان الأخير قوة أقل إذا اعتبرنا أن الأحكام الصادرة في مادة التنازل عن العقد مفهرسة في خانة «حوالة الحق».

على أنه يعتبر أن هذين البرهانين الأخيرين ليسا حاسمين. ويبدو من الصعب أن نرى في الحكم تعديلاً واضحاً لاجتهاد الغرفة المدنية الثالثة. وينبغي انتظار تأكيد أكثر وضوحاً يتعلق بالوصف ذاته.

يقتضي إذاً أن يستعاد النقاش النظري الذي قام حول وصف إمكانية الاستبدال لبيان عناصر التفكير التي تتيح استخلاص وجود وصف مبدئي، ذلك بأنه ليس ثمة أي نص قانوني يتعارض مع أن يلجأ الفريقان إلى إوالية التنازل، شرط الإفصاح عن ذلك والخضوع لنظامه.

658 ـ الجدل الفقهي.

بيّن السيد Aynès في أول الأمر[1] أن وصف الاشتراط لصالح الغير صنعي إلى حد كبير، ويبدو أنه انضم إلى هذا الرأي. واقترح، لتسويغ حكم الغرفة المدنية الأولى، أن يستبدل بوصف حوالة الحق الذي أدانته محكمة النقض صراحة وصف التنازل عن العقد أو وصف الوضع العقدي. واستعاد منذ وقت أحدث هذا الاقتراح بأن عارض هذه المرة بصورة واضحة الاشتراط لصالح الغير[2].

بيد أن الاجتهاد يطبق على التنازل عن العقد معاملات حوالة الحق المفروضة في المادة 1690 من القانون المدني[3]. وتمسك السيد Aynès بالتالي، لتسويغ الحل الذي اعتمدته محكمة النقض، بعدائية عامة لهذه المحكمة تجاه معاملات المادة 1690 من القانون المدني

---

(1) D.1987، صفحة 454.

(2) MALAURIE et AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 783، صفحة 429 وصفحة 430.

(3) انظر حكم الهيئة بكامل أعضائها في محكمة النقض، 14 شباط 1975، D.1975، صفحة 349 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 أيار 1975، النشرة المدنية، III، رقم 150 ـ 16 تموز 1975، النشرة المدنية، III، رقم 252 ـ 21 كانون الثاني 1976، مجلة قصر العدل، 24 أيار 1976، بانوراما الاجتهاد ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 2 كانون الأول 1948 و28 أيار 1949، مجلة بدلات الإيجار، 1949، صفحة 47 وصفحة 614؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1951، صفحة 391، ملاحظة S. CARBONNIER. انظر حول تطور الاجتهاد والفقه Ph. MALAURIE، محاضرات في الدكتوراه في جامعة باريس II، 1975 ـ 1976، الصفحات 95 إلى 104 ـ P. RAYNAUD, Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، جامعة باريس II، 1977 ـ 1978، صفحة 174 وصفحة 175 ـ J. GHESTIN, La transmissions des obligations en droit positif francais, in La transmission des obligations، أعمال اليوميات IX، Jean Dabin، 1980، الرقم 34 والرقم 99.

والمادة 1840 من القانون العام للضرائب. ومن المسموح به التفكير في أن محكمة النقض، أياً كانت سياستها، لا تستبعد تطبيق نص آخر بدون تسويغ وصف يسمح بحل كهذا.

إن الوصف موجود في الحالة المعنية، إنه الاشتراط لصالح الغير. يبقى إذاً بيان أن الانتقادات الموجهة إليه ليس لها أساس.

كان هذا الحل موضع انتقاد السيد Aubert، واستعاد هذه الانتقادات عدة مؤلفين آخرين[1].

يأخذ السيد Aubert في أول الأمر على وصف الاشتراط لصالح الغير بأنه غير واقعي بما فيه الكفاية. ويرى، انطلاقاً من هذه الملاحظة غير المنازع فيها بأن خصوصية الاشتراط لصالح الغير هي إنشاء الحق مباشرة في ذمة الغير المستفيد المالية بحيث أنه لم يوجد على الإطلاق في ذمة المشترط المالية، أن في ذلك اعترافاً مفرطاً «بالروابط التي توحد المستفيد الأولي بمكتسب الملكية النهائي». ثم يحلل هذه الروابط ويؤكد أن الأمر لا يمكن أن يتعلق إلاّ بتنفيذ موجب التنازل عن الإفادة من الوعد، مما يعني قبول تنازل سابق، أو تبرع يعارض معقوليته بالصيغة التالية «. . . مما هو غير طبيعي».

إن هذه الملاحظات لا تأخذ ولا ريب في الحسبان بما فيه الكفاية أن هناك، في العلاقات التجارية أو الأعمال، خارج العمليات المحققة مقابل ثمن التي تشكل بفعل ذلك تنازلاً بعوض، تبادلات أخرى تعود إلى المجال القانوني للمجانية «التجارية»، بمعنى أن الخدمة المؤداة لا تحوي ثمناً متفقاً عليه، وإنما ليست لها أي علاقة بالتبرعات التي يوصي بها شعور حنان أو عرفان بالجميل، وليس في عالم الأعمال أي شيء غير معقول في أن تنقل إحدى الشركات إلى شركة أخرى الإفادة من صفقة مع عبء مقابل، حتى الإفادة من الإمساك برقابة شركة ثالثة. ولا حاجة على الإطلاق لتصور تنازل سابق مستتر. يكفي أن تتمثل في تسمية الغير المستفيد من الاشتراط لصالح الغير فائدة معنوية، تجارية عملياً، لكي تكون هذه الإرادية في آن معاً قابلة للتفسير تماماً وواقعية وقانونية. والحال أن السيد Aubert لا يعارض أن يكون مجرد منفعة معنوية كافياً تماماً لإجازة الإشتراط لصالح الغير.

إن تفسيرات إمكانية الاستبدال متعددة في الحقيقة ولو اتخذت الشكل القانوني

---

(1) انظر LOUSSOUARN المذكور سابقاً ـ J-F. LUSEAU, Des problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1977، صفحة 495 رقم 21 وما يليه ـ F. BENAC - SCHMIDT, Le contrat de promesse unilatérale de vente، أطروحة في باريس I، 1983، منشورات L.G.D.J، مقدمة J. GHESTIN، و: La promesse unilatérale de vente à propos de deux questions d'actualité، D.1990، صفحة 7 وما يليها ـ M. GENINET, Théorie générale des avant contrats en droit privé، أطروحة في باريس II، 1965، الجزء II، رقم 845 ـ Ph. RÉMY، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 178.

للاشتراط لصالح الغير. وكما لاحظ السيد Najjar[1] «يمكن أن يتعلق الأمر بتقرير الشراء عن الغير، أو بحق خيار البيع الحاصل عن طريق وسيط، أو عن طريق وكيل، أو عملية سمسرة، أو خدمة صديق، أو مشروع يهدف إلى معرفة ما إذا كان من الممكن بالضبط الحصول على إعادة تجميع حصص منفصلة تعود إلى عدة مالكين أو عدة مالكين على الشيوع...». ومن المتواتر أيضاً أن يستبدل المستفيد نفسه بشركة أنشئت فقط لغاية اكتساب ملكية مال من أجل تتجيره. وكان بالإمكان تعريف الاشتراط لصالح الغير بأنه «شكل تمثيل مصالح الغير بالامتياز»[2].

ويأخذ السيد Aubert أيضاً على الوصف الذي اعتمدته محكمة النقض بأنه يستبعد معاملة إبلاغ المدين التي تفرضها المادة 1690 من القانون المدني في مادة حوالة الحق أو التنازل عن العقد. واستنتج من ذلك أن «تحليل العملية كاشتراط لصالح الغير يجنب قواعد العلنية التي تحمي حقوق الغير...»، ويضيف: «من المسموح به الخوف من أن تحليلاً كهذا يسهل الغش الموجه إلى «المتنازل لهم» المتعاقبين على الخيار».

وذلك يعطي أولاً معاملة المادة 1690 مدى لا تستحقه في أي شكل من الأشكال. ولا شك في أن «الفقه السائد يحلل معاملات المادة 1690 من القانون المدني بأنها «تدابير علنية عند عدم وجودها لن تكون حوالة الحق محتجاً بها» تجاه الغير. ويمكن الاعتراض فوراً بأن معاملات المادة 1690 تكتفي بإعلام التنازل المدين المحال عليه. بيد أن الفقه يعتبر بصورة عامة أن المتنازل له والغير صاحب العلاقة لهما الإمكانية والواجب في الاستعلام بنفسيهما لدى المدين المحال عليه. وهكذا، وبصورة غير مباشرة، يكفي استعلام هذا الأخير لتأمين علنية التنازل تجاه الجميع... وفي أول الأمر، وكما لاحظ العميد Carbonnier[3]، «المقارنة» بالعلنية العقارية «جبرية أكثر من غيرها (ليس بإمكان الغير الاستعلام لدى المدين المحال عليه كما لدى أمين السجل العقاري (أو الشهر العقاري) والعمل الموثق لدى الكاتب العدل غير قابل حتماً لأن يطلعا عليه)». إن معاملات المادة 1690، كقاعدة عامة، لا تحقق تجاه الغير سوى علنية غير أكيدة، وناقصة في أي حال، وهي دون العلنية العقارية إلى حد كبير»[4].

على أن ضرورة إعلام الواعد اسم الغير المستفيد، عملياً، في إوالية الاشتراط لصالح الغير، مع تسمية هذا المستفيد، تؤمن علنية من النسق ذاته للعلنية الناتجة عن إبلاغ المدين

---

(1) تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، D.1998، صفحة 236.

(2) في هذا الاتجاه PLANIOL, RIPERT et BOULANGER, Traité élémentaire de droit civil، 1952، الطبعة الرابعة، الجزء 2، رقم 661، صفحة 233 ـ M. PICARD، المقالة المذكورة سابقاً في أعمال رابطة CAPITANT، 1952، صفحة 267.

(3) Obligations، الفقرة 126.

(4) J. GHESTIN, La transmission des obligations en droit positif français, in La transmission des obligations، أعمال اليوميات القانونية التاسعة، Jean Dabin، منشورات L.G.D.J، 1980، الصفحات 26 إلى 28، الأرقام 35 إلى 37.

المحال عليه المفروضة في المادة 1690. فإمكانيات الغش ليست بالتالي مختلفة جوهرياً. يضاف إلى ذلك، كما لاحظ السيد Najjar[1]، «ان الغش لا يفترض ولا نرى، فضلاً عن ذلك، لماذا حق الخيار» يجب أن يخضع «المعاملات حوالة الحق (البالية أحياناً)، في حين أنه ليس حقاً في الدين (انظر. I. NAJJAR, Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral مقدمة P. RAYNAUD، منشورات L.G.D.J، 1967)».

بيد أن ثمة ما هو أشد خطورة. إن تعليل السيد Aubert يرتكز على تأكيد وجود «متنازل لهم» عقب الخيار من المناسب حمايتهم. وهذا يفترض المسألة المعروضة محلولة. إن خاصية الاشتراط لصالح الغير هي بالضبط استبعاد التنازلات المتعاقبة. إذن ليس هناك متنازل لهم متعاقبون يجب أن يكونوا موضع حماية فالمستفيد هو، منذ تسميته وقبوله، حائز الدين، ويعتبر أنه كذلك منذ الأساس.

لن يبقى إذاً من برهنة السيد Aubert سوى اعتبار يعود إلى التنكر لاهتمامات إدارة الضرائب. وهي لا تستقيم إلا في الحالات التي تكون فيها الرسوم والضرائب على النقل جديرة بالحسبان. والحال أن وصف إمكانية الاستبدال لا تهم إلاّ القانون الضريبي. ثم إن هذا المؤلف يقبل هو نفسه أن «الخطورة الكبيرة للمعاقبة المدنية التي لوّحت (أي إدارة الضرائب) بها أليست، على الأقل جزئياً، مسؤولة عن عدم فعالية تصميم الدفاع الذي أعدته»؟.

وفي الواقع يعود إلى محكمة النقض رسم حدود تشابك الانتظام العام، ولا سيما الضريبي، في السير الطبيعي للعلاقات العقدية.

659 ـ يتوقف حق الاستبدال على العقد المنبثق عنه، بدون تعديل طبيعة الاستبدال القانونية.

بيد أن السيدة Bénac-Schmidt كتبت في أطروحتها حول عقد الوعد الأحادي الجانب بالبيع[2]، بعد أن أتت على ذكر برهنة السيد Aubert، «ان محكمة النقض، المتأثرة بهذه البراهين، أعادت النظر في اجتهادها وتبنت الحل المعاكس في 4 حزيران 1971، ورفضت أن ترى في بند الاستبدال اشتراطاً لصالح الغير[3]: «إن العقد الذي يعطى فيه المستفيد أو أيّ شخص آخر الاحتفاظ بإمكانية في أن يكتسب، كما يحلو له، حتى تاريخ محدد، ملكية مال، هو وعد أحادي الجانب بالبيع تطبق عليه المادة 7 من قانون 19 كانون الأول». وخلصت

---

(1) تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 17 نيسان 1984، D.1985، صفحة 235.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 217، صفحة 154، وصفحة 155.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 4 حزيران 1971، النشرة المدنية، III، رقم 357، صفحة 254؛ D.S. 1972، صفحة 26 من الموجز ـ مجلة قصر العدل، 1971، 2، 791 ـ مصنف الاجتهادات الدوري، 1971، II، 16861.

السيدة Bénac- Schmidt إلى القول: «يضع هذا الحكم نهاية للتفريق الاحتمالي بين التنازلات بحصر المعنى والتنازلات استناداً إلى بند استبدال».

ومن المناسب ملاحظة أن النص الذي استشهد به المؤلف غير وارد في حكم محكمة النقض نفسه. إن الأمر يتعلق في الحقيقة بموجز هذا الحكم الذي نشرته مجلة Dalloz والذي يماثل الموجز الوارد في نشرة الأحكام المدنية لمحكمة النقض. والاستشهاد بسبب ذلك أقل صحة ومن المسموح به اعتبار أن التفسير المبني على هذا النص غير الكامل مغلوط كما بين تماماً السيد Najjar في ملاحظاته على الحكم الصادر في 17 نيسان 1984 عن الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض[1].

كان في هذه القضية التي أتاحت الفرصة لصدور حكم 4 حزيران 1971 وعد أحادي الجانب بالبيع مع إمكانية الاستبدال. وهذا الوعد نفسه، وليس التنازل المزعوم الذي حققه العمل بإمكانية الاستبدال ـ وهنا النقطة الجوهرية ـ لم يسجل في المهلة التي تفرضها المادة A 1840 من القانون العام للضرائب. واستنتج قضاة الأساس من ذلك أن هذا الوعد كان باطلاً. وقد تمسك الطعن للنقض بأن هذا النص الضريبي الواجب تفسيره بشكل حصري لم يكن مطبقاً «إلاّ على وعود أحادية الجانب عادية بالبيع، وليس على الاشتراط لصالح الغير»، وهكذا أبطل قضاة الأساس عن خطأ الوعد الذي سمي فيه المشترط ابنته القاصرة كمستفيدة.

غير أنه كان من البديهي أن بطلان الوعد، لعدم التسجيل خلال عشرة أيام من قبوله كوعد، يؤدي في الوقت عينه إلى تلاشي الاشتراط لصالح الغير الناتج عن إمكانية الاستبدال. وهذه الإمكانية لا يمكن أن تعدل وصف الوعد الأحادي الجانب بالبيع، ولا أن تسوّغ صحة هذا الوعد، ما دام أن هذا الوعد لم يسجل في المهلة القانونية، وبالمقابل، وبخلاف القضية التي وفرت الفرصة لصدور حكم 2 تموز 1969، لم تكن المسألة على الإطلاق معرفة ما إذا كانت إمكانية الاستبدال تشكل في ذاتها تنازلاً يفسح في المجال لتسجيل جديد. إذ إن صحة الوعد ذاتها هي التي كانت منازعاً فيها وليست إمكانية الاستبدال. ولم يتم التمسك بهذه الإمكانية، في القضية التي أتاحت صدور حكم 4 حزيران 1971، إلاّ لمحاولة تعديل وصف الوعد الباطل وحده. ولم يكن الأمر متعلقاً على الإطلاق بالوصف الخاص بإمكانية الاستبدال.

كان من الطبيعي كما حكمت محكمة النقض أنه من المستحيل التمسك بإمكانية استبدال لتعديل وصف الوعد الأحادي الجانب بالبيع التي تطمعت فيه. فبالنسبة إلى الغرفة المدنية الثالثة «إن محكمة الاستئناف أخذت عن وجه حق بأن عقد 21 آذار 1964 كان يشكل وعداً أحادي الجانب بالبيع أعطاه Payremaure de Bord لـ Sekler الذي قبله في اليوم ذاته بوضع توقيعه؛ وإن إمكانية المستفيدِ في أن يقيم نفسه مالكاً حسب اختياره لم يكن من شأنها تعديل هذا الوصف».

---

(1) D.1985، صفحة 234.

وقد استعاد السيد Rémy، في ملاحظاته على الحكم الصادر في 17 نيسان 1984، الانتقادات التي وجهها السيد Aubert في عام 1970. نلاحظ أنه «لا نرى أن الاشتراط لصالح الغير يقوم هنا، بين المستفيدين الأول والثاني من الوعد، بأحد هذين الدورين العاديين: خدمة دفع دين المشترط (المستفيد الأول) أو تحقيق تبرع لصالح المستفيد من الاشتراط (الغير المستبدل). ويجري الاستبدال عموماً بعوض، من المشترط إلى المستبدل اللذين ليس بينهما أي رباط موجب موجود سابقاً. . . وفي المقام الثاني ينتهك الحقيقة الافتراض أن حق المستفيد الثاني نشأ، منذ الوعد بالبيع، في ذمته المالية، بدون المرور بذمة المستفيد الثاني المالية؛ والدين (أو حق الخيار، ولا فرق)، في الحقيقة ينشأ في ذمة المستفيد الأول المالية الذي ينقله، في اتفاقية متميزة ولاحقة، إلى المستفيد الثاني. والاشتراط لصالح الغير أخيراً، وعلى وجه الخصوص، عاجز تماماً عن تحليل سمة جوهرية للاستبدال: المستفيد الثاني من الوعد يتعاقد، تجاه الواعد، على موجب دفع الثمن (إذا استعمل الخيار) أو التعويض عن التجميد المنصوص عليه في الوعد (إذا لم يستعمل الخيار). . .».

ويضيف السيد Rémy: «استبدال المستفيد، في الحقيقة، هو تنازل عن الوعد. . . ولا أهمية تذكر في هذا الشأن لأن يستند إلى بند استبدال متفق عليه صراحة: إن ذلك لا يغير شيئاً من طبيعته القانونية. . . وفي مطلق الأحوال يجب أن يسقط الاستبدال بفعل المادة 1840 ـ A من القانون العام للضرائب».

ومن المسموح به التفكير في أن هذا المؤلف، بعد غيره، أخطأ في عدم التعليل إلاّ ضمن الحدود الضيقة للأوضاع التي تكون فيها المادة 1840 -A من القانون العام للضرائب منذورة للتطبيق. إن محكمة النقض قد استبعدت، في الحقيقة، تطبيق هذا النص الضريبي ليس بسبب العدائية تجاه هذا النوع من النصوص، كما اعتقد وجوب تأكيد ذلك السيدان Rémy وAynès، وإنما بكل بساطة لأنه ظهر لها أن وصف الاشتراط لصالح الغير أكثر مرونة وأكثر تكيّفاً مع تنوع الأوضاع الملموسة من وصف التنازل عن العقد أو حوالة الحق. وعليه، وكنتيجة لذلك، لم تكن هذه العملية القانونية غير المستهدفة بالنص الضريبي، خاضعة لتطلباته الشكلية.

ولا أهمية تذكر لكون وجهات نظر واضعي هذا النص الضريبي لم تتحقق تماماً ما دام أنهم أغفلوا النص على وضع قانوني حقيقي يتملص، بفعل ذلك، من البطلان الذي تمليه المادة 1840 -A من القانون العام للضرائب. ولا يعود إلى محكمة النقض إكمال الأحكام الضريبية من الانتظام العام لزيادة فعاليتها عليها تطبيقها وحسب. والحال أن المادة 1840 -A من القانون العام للضرائب تستهدف تماماً التنازلات الأحادية الجانب عن الوعود. وهي لا تطبق على الاشتراطات لصالح الغير.

660 ـ يتيح الاشتراط لصالح الغير مع عبء إبرام عقد حقيقي لصالح الغير.

إن البرهان الذي أضافه السيد Rémy بأن الاشتراط لصالح الغير عاجز عن تحليل

موجب دفع الثمن أو التعويض عن التجميد الملقى على عاتق الغير المستبدل لا يمكن الأخذ به. فللمستفيد من الاشتراط لصالح الغير، بالفعل، الحرية التامة في قبول الاشتراط الجاري لصالحه أو رفضه. فإذا قبل يكون ملزماً بموجبات متلازمة مع الدين الذي اكتسب ملكيته تجاه الواعد.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض بالطبع، في 10 نيسان 1973[1] «بأن اشتراطاً لصالح الغير، بمقتضى المادة 1119 وما يليها من القانون المدني، لا ينشىء سوى حق لصالح الغير وليس وضع عبء موجب على عاتقه خارجاً عنه». بيد أن الغير المستبدل، في هذه القضية، قبل فقط صفة مكتسب ملكية قطع أراض هي موضوع العقد الأصلي. ولم يقبل أبداً أن يكون ملزماً بالوعد الذي أجراه الواعد لصالح الوكيل العقاري الذي كان الوسيط في اكتساب ملكية قطع الأراضي هذه. وقد حرصت محكمة النقض تماماً على التذكير بأن «هذا العبء لم يؤتِ على ذكره في أي من العقود اللاحقة التي كان هذا الغير فريقاً فيها»، وهذا الغير لا يمكن أن يصبح مديناً رغماً عنه.

كان يمكن أن يكون الحل مختلفاً لو كان الغير المستبدل قد قبل موجباً تلازمياً مع الدين الذي كان سيصبح حائزه بلعبة الاشتراط لصالح الغير.

وهذا بالضبط ما حكمت به الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في حكم 21 تشرين الثاني 1978[2] الذي رد وسيلة دعم تمسكت «بأنه لن يكون ثمة اشتراط لصالح الغير إلاّ في الحالة التي يولد العقد فيها حقاً لصالح الغير ولا يضع على عاتقه موجباً ما». إن محكمة الاستئناف، في عرف محكمة النقض، «تمكنت من اعتبار أن العقد أنشأ حقاً لصالح شركة SOGARA ومن الأخذ بأن هذه الاتفاقية المبرمة لصالح CCF كما لصالح شركة SOGARA كانت تحوي اشتراطاً لصالح هذه الشركة الأخيرة، وكون العقد قد وضع على عاتق شركة SOGARA تسديد الفواتير التي قبلتها لا يستبعد وجود اشتراط لصالح الغير».

كما حكمت الغرفة نفسها في 8 كانون الأول 1987[3]، «بأن الاشتراط لصالح الغير لا يستبعد، في حالة قبول المستفيد، أن يكون ملزماً ببعض الموجبات».

وهكذا، وما دام أن الموجب المتلازم مع الدين قد قبله الغير المستفيد، فلا يمكن أن يشكل عقبة أمام وصف الاشتراط لصالح الغير. وكون الاشتراط لصالح الغير، على وجه الخصوص، يؤدي إلى إلزام الغير المستفيد بموجب دفع الثمن بعد استعمال حق الخيار لا يمكن أن يسوّغ رد هذا الوصف. إن الاشتراط لصالح الغير يمكن أن يولد تلازمياً مع الدين

---

(1) D.1974، صفحة 21، تعليق LARROUMET.

(2) النشرة المدنية رقم 356، صفحة 276؛ D.1979، صفحة 363 من التقرير، ملاحظة M. VASSEUR؛ D.1980، صفحة 309، تعليق C. CARREAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، IV، صفحة 37؛ 1980، II، 19315، تعليق RODIÈRE، Defrénois 1979، صفحة 1176، ملاحظة J-. AUBERT.

(3) النشرة المدنية، I، رقم 343، صفحة 246.

(له) ديناً (عليه) ما دام أن الغير المستفيد يقبل فعلياً هذين الدينين. وهكذا تبدو براهين السيد Rémy مجردة من أساس قانوني حقيقي.

661 ـ الأخذ، بالنسبة إلى إمكانية الاستبدال المشترط في الوعد بوصف التنازل يعني نزع أي مفعول له.

كما لاحظ السيد Aubert[1] «من المقبول منذ مدة طويلة أن المستفيد من وعد بالبيع بإمكانه التنازل عن الحق الناشىء عنه لصالحه، على الأقل عندما لا يكون هذا التنازل مستبعداً بسبب طبيعة العقد (بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه) أو ببند صريح في الوعد (حل اعتمده الاجتهاد منذ النقض المدني في 21 كانون الثاني 1866، D.P.66، 1، 69؛ انظر منذ وقت قريب حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1962، النشرة المدنية، رقم 509، صفحة 432)». وكرست الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، في 12 حزيران 1985[2]، أيضاً هذه الإمكانية.

وليس للاشتراط الذي يمنح إمكانية الاستبدال، في هذه الظروف، مدى حقيقي إلاّ أن لا يكتفي بإعطاء حق لم يكن المستفيد يحوزه سابقاً. ووفقاً للمادة 1157 من القانون المدني «عندما يكون لأحد البنود معنيان، يجب بالأحرى الأخذ بالمعنى الذي يكون للعقد فيه مفعول ما، بدلاً من الأخذ بالمعنى الذي لا ينتج فيه أي مفعول». ومن باب أولى يفرض الحل نفسه عندما يقود أحد التفسيرين إلى إبطال العقد، في حين أن التفسير الآخر يؤمن صحته. هناك دائماً مجال للافتراض، بالفعل، ان الفريقين توخيا إبرام عقد صحيح وليس العكس[3].

وطالما أن شروط الاشتراط لصالح الغير مجتمعة، وهو ما لا ينكره أحد، وعلى وجه الخصوص السيد Aubert، فليس ثمة أي سبب لعدم تأييد الوصف الذي كرسته محكمة النقض منذ عام 1969 والذي تأكد في 17 نيسان 1984 وأول نيسان 1987.

يضاف إلى ذلك أن هذا الوصف أخذت به الغرفة التجارية في محكمة النقض، في 4 حزيران 1985[4] في صدد وعد بالتفرغ عن أسهم.

كانت السيدة Bisutti قد تعهدت بأن تبيع شركة Bruynzeel أسهم شركة أخرى وأن

---

(1) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 152.

(2) النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 73. يقبل هذا الحكم وصف التنازل الذي أخذ به قضاة الأساس في هذه القضية تجاه إمكانية الاستبدال طالما أن هذا الاستبدال يمكن أن يتم أيضاً عن طريق التنازل.

(3) ذكّرت بمبدإ التفسير هذا الغرفة الرابعة، القسم A في محكمة استئناف باريس في 19 أيلول 1984، حكم غير منشور، صدر في قضية BEYRARD ضد AOIP، بهذه العبارات: «من حيث أن التفسير الذي أعطته المحكمة والذي تفرضه المادتان 1157 و1162 من القانون المدني هو التفسير الذي أعطته لجنة بروكسل التي يحدد كتاب صادر عنها في 10 كانون 1976 كان موضع مناقشة أن المادة 8 لم تعتبر مناقضة للمادة 85 لمعاهدة روما عند استبعاد التفسير الذي أعطاه Beyrard». لا يمكن قول ما هو أفضل من التفسير الذي يتيح الحفاظ على البند والعقد، بين تفسيرين، هو المفضل.

(4) النشرة المدنية، رقم 178، صفحة 149.

تفرغ عن قسم من أسهم هذه الشركة نفسها لشركة SEFIMO.

وقد نقضت الغرفة التجارية حكماً لمحكمة استئناف فرساي طبق بند تحكيم بملاحظة أن هذا البند كان يربط «المشترط والواعد وحسب»، بحيث أنه، تطبيقاً للمادة 1165 من القانون المدني، لا يمكن أن تتمسك به شركة SEFIMO. وكانت قد لاحظت أيضاً أن «شركة SEFIMO كانت المستفيدة من اشتراط لصالح الغير مبرم بين السيدة Bisutti وشركة Bruynzeel».

لم يكن، بالتأكيد، ثمة استبدال، فالتفرغات الموازية تتناول أسهماً مختلفة للشركة نفسها. بيد أن محكمة النقض بينت أنه لم يكن هناك تنازل عن العقد يمكن أن يجعل بند التحكيم إلزامياً بين المتنازل له والمحال عليه، وإنما مجرد اشتراط لصالح الغير يتيح فقط للغير المستفيد فرض التفرغ عن الأسهم المتفق عليه لصالحه بين المشترط والواعد.

نرى في هذا التطبيق أن إوالية الاشتراط لصالح الغير أكثر مرونة بكثير من إوالية التنازل عن العقد. فالغير المستفيد بإمكانه أن يستفيد من الدين (له) المشترط لصالحه، وأن يكون ملزماً، احتمالياً، بالديون المتلازمة إذا قبل؛ بيد أنه ليس في الوضع العقدي للمشترط، بخلاف ما قد ينتج عن تنازل عن العقد الذي ليس سوى نقل، وضع عقدي.

662 ـ إمكانية الاستبدال المدخلة في وعد أحادي الجانب بالبيع أو الشراء قبله المستفيد يمكن أن ترتدي وصف الاشتراط لصالح الغير المستبعد من أي فكرة تنازل.

تخضع هذه الإمكانية، بهذه الصفة، لنظام هذا الاشتراط ولا يمكن أن تكون فعالة إلاّ أن لا يتعرض العقد الذي تندمج فيه لأي سبب للبطلان. وممارسة إمكانية الاستبدال، بصورة عملية، تكون دائماً صحيحة عندما تتم في مهلة عشرة أيام تلي قبول المستفيد الأولي، ولا أهمية تذكر لأن يكون الوعد قد تسجل أم لا. ويصبح مما لا غنى عنه، بعد انقضاء هذه المهلة المنصوص عليها في المادة 1840 A من القانون العام للضرائب، أن يكون الوعد الأولي مسجلاً سابقاً. وإذا تم إنجاز هذه المعاملة تكون ممارسة إمكانية الاستبدال بمنجى من هذا النص، ولن تكون بالتالي خاضعة لمعاملة التسجيل.

ويتيح الاشتراط لصالح الغير في النهاية تملص المستفيد من الإكراهات التي تثقل العقد المنبثق عنه، على الأقل في ما يتعلق بتنفيذه. وتساهم براهين قانونية وبراهين ملاءمة هكذا في تفضيل وصف الاشتراط لصالح الغير على وصف التنازل عن العقد او وصف حوالة الحق. على أنه يكون من الضروري لإزالة الالتباس الناشىء عن حكم 7 تموز 1993 أن تتخذ الغرفة المدنية الثالثة موقفاً واضحاً.

الفقرة 2 ـ حدود المفهوم

663 ـ سبق أن رأينا أن الاشتراط لصالح الغير مرن في التطبيق الذي تلجأ المحاكم إليه. وذلك، وريب، السبب الذي يتمسك بعض المؤلفين من أجله بأنه يمكن أن يصلح

لتحقيق حوالة الدين أو كذلك بأنه يفسر إوالية بطاقة الائتمان. وفي الحقيقة ليس هناك شيء من ذلك.

I ـ حوالة الدين

664 ـ ليس في القانون الوضعي الفرنسي نظرية قانونية مستقلة لحوالة الحق بصفة خاصة[1]. يضاف إلى ذلك أن الاجتهاد يدينها صراحة. وبالفعل حكمت الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بوضوح، في 2 حزيران 1992، بأن الاتفاقية، حتى المصادق عليها من القضاء، لا يمكن أن يكون لها، في غياب موافقة الدائن، مفعول سقوط الدين وليست لها القوة الملزمة إلاّ في العلاقات بين فريقي الحوالة[2]. ولا يتيح أيّ إوالية الوصول إلى استبدال مدين جديد في علاقة الموجب الأولي مع تحرير المدين الأولي بدون تدخل الدائن[3]. غير أن الاشتراط لصالح الغير بدا بالنسبة إلى بعض المؤلفين قابلاً لأن

---

(1) ثمة بعض النصوص فقط مبعثرة تتكلم على حوالة الدين بصفة خاصة غالباً ما يتم إدخالها في «التنازل عن العقد»، انظر على سبيل المثال المادة L.10-121 من قانون التأمينات في حالة تلف الشيء المؤمن؛ قارن بـ PICARD et BESSON, Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، تأليف A. BESSON، الطبعة الخامسة، 1982، رقم 236 وما يليه، صفحة 369 وما يليها ـ وعلى عكس ذلك نص القانون الفرنسي على حوالة الدين بصفة كلية. وهكذا يخلف الوريث مورثه في ما يتعلق بالموجودات (الأصول) والمطلوبات (الخصوم) التي كان المورث ملزماً بها (انظر: الخلافة Succession). وينبغي كذلك التطرق إلى حالة اندماج الشركات وانشطارها ومفعولهما النقل الكلي للذمة المالية، انظر المادة 381، الفقرة 1 بالنسبة إلى الاندماج والمادة 385 بالنسبة إلى الانشطار) من القانون رقم 66 ـ 537 تاريخ 24 تموز 1966، المتعلق بالشركات التجارية.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 168، صفحة 115؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، I، 3632، صفحة 541، ملاحظة M. BILLIAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 122، ملاحظة J. MESTRE، D.1993، صفحة 211 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBECQUE.

(3) هذه النتيجة الثلاثية هي التي تميز حوالة الدين المنعوت بالتام، انظر E. GAUDEMET, Étude sur le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898. PLANIOL et RIPERT, Traité ـ. pratique de droit civil français، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE، رقم 1141 وما يليه، صفحة 542 وما يليها ـ A. LEBRUN، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V حوالة الدين، 1970، رقم 2 ـ B. STARCK، المجلد 3، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 8 ـ J. L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 193 وما يليه، صفحة 146 وما يليها. أضف إلى ذلك: Ph. MALAURIE, La cession de contrat، فهرس الكتابة العدل، Defrénois ،1976، القسم الأول، البند 31194، صفحة 1009 وما يليها، ولاسيما رقم 43 وما يليه، صفحة 1030 وما يليها ـ L. AYNÈS, La cession de contrat et les opérations à trois personnes، أطروحة في باريس، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 36 وما يليه، صفحة 41 وما يليها ـ P. RAYNAUD, Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة، جامعة باريس II، 1977 ـ 78، صفحة 70 وما يليها. انظر في شأن تسويغ الحظر، H.-L. J. MAZEAUD, Obligations، الجزء II، المجلد 1، تأليف Fr. CHABAS، الطبعة الثامنة، رقم 1277 ـ J. GHESTIN, La transmission des obligations en droit positif français, in Travaux des IXe journées d'études juridiques Jean Dabin, 1980، لوفان، ولاسيما رقم 78 وما يليه، صفحة 59 وما يليها.

يحقق، في شروط مرضية، استعادة الدين. والأمر لا يتعلق في الحقيقة إلاّ بتلطيف غير كافٍ إلى حد كبير.

665 ـ يحقق الاشتراط لصالح الغير نقل دين بصورة غير مباشرة.

في عرف Lambert «تتحلل حوالة الدين كاشتراط لصالح الغير يجريه المدين لصالح الدائن»[1]، لأن «حوالة الدين ليس هدفها الرئيسي تحرير المدين المحيل من موجبه»[2]. ويقارن المؤلف، فضلاً عن ذلك، بين الاشتراط لصالح الغير والإنابة، ويقدر أن الإنابة التي يمكن أن تحقق دفعاً[3] «تشملها النظرية الأعم للاشتراط لصالح الغير»[4]. إن الاشتراط لصالح الغير في هذه الرؤية يمكن أن يستخدم لتحقيق حوالة حق في تعابير مرضية.

ويضيف Lambert أن المادة 1121 تتيح إلحاق الدين الجديد بجميع الاستثناءات العائدة للدين القديم. ويستنتج من ذلك أن العقد الذي يجمع المشترط بالواعد هو مقياس حق المستفيد. «والحال أن المدين لم يكن قد أراد عادة إلزام المتنازل له إلاّ أن يكون هو نفسه ملزماً؛ لقد شاء إخضاع موجب شريكه في التعاقد لجميع التقييدات الخاضع لها موجبه الخاص. فإذا كان الدين الأولي باطلاً بسبب عيب في الرضا، وإذا كان قابلاً للإبطال لعلة الغبن، فيكفي تفحص العقد الذي يحوي الاشتراط لصالح الغير لإدراك أن الحق المعطى للغير ضد الواعد منذور للتلاشي عندما يزول موجب المشترط ذاته عقب إبطال أو فسخ»[5].

ويلاحظ المؤلف أن الممارسة وجدت في الاشتراط لصالح الغير إوالية لم يظهر عدم كفايتها أبداً[6]. بيد أنه يلاحظ أن حوالة الحق المحقق باللجوء إلى الاشتراط لصالح الغير لا تفرض على الدائن الذي يبقى له الحق في التوجه نحو المشترط مدينه الأصلي[7].

ورأى مؤلف آخر، السيد Goutal، أن «الاشتراط لصالح الغير، رغماً عن عدم كفايته، يشكل في الممارسة بديلاً محترماً جداً لحوالة الحق»[8]. وتطرق، دعماً لهذه البرهنة، إلى

---

(1) La stipulation pour autrui، أطروحة في باريس 1893، القانون الفرنسي الفقرة 200، صفحة 222.

(2) المرجع عينه صفحة 221.

(3) M. BILLIAU, La délégation، أطروحة في باريس II، L.G.D.J، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 21 وما يليه.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 214، صفحة 233.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 249، صفحة 270. انظر ملاحظات LARROUMET الناقدة، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 232.

(6) الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 216، صفحة 235.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، الفقرة 218، صفحة 238. يسوّغ المؤلف هذا الحل بالمبدإ الذي بمقتضاه «إذا كان العقد يمكن أن يعطي فوراً حقاً للغير، فهو عاجز عن أن يسحب منه حقاً مكتسباً في السابق بدون موافقته» (الفقرة 219، صفحة 241).

(8) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 196، صفحة 148. وفي الاتجاه عينه C. VILAR, La cession de contrat en droit français، أطروحة في مونبلييه مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، صفحة 202. ويخلص المؤلف إلى القول «إن الاشتراط لصالح الغير هو إذاً بديل يتيح تحقيق حوالات دين بالمعنى الاقتصادي للتعبير وحسب» (صفحة 203).

ممارسة الكتّاب العدل التي تلجأ، في مناسبة بيع شقق تكتسب ملكيتها عن طريق قرض، إلى بند يعلن فيه مكتسب الملكية الثاني عن مسؤوليته في تسديد رصيد القرض كي لا يكون المدين مهموماً[1]. ويستشهد المؤلف، إضافة إلى ذلك، بأحكام، في مادة بيع المؤسسة التجارية[2]، والإجارة[3]، واستعادة القرض[4]، تعترف بإفادة الدائن من حق مباشر تجاه المدين المستبدل بصفته واعداً[5]. والاشتراط لصالح الغير، كنتيجة لذلك، ولأن الدائن يحوز حقاً كهذا، يتيح تحقيق نقل الدين.

ولا نزاع في أن الممارسة تلجأ إلى هذه الإوالية لكي تحقق، عملياً، حوالة دين بإعطاء المستفيد، دائن المشترط، حقاً جديداً، وإنما في الواقع مماثلاً للقديم في جميع النقاط تجاه الواعد[6]. بيد أنه من المشكوك فيه أن يكون الاشتراط لصالح الغير، في صلابة مبادئه القانونية، متكيفاً حقاً مع هذه الوظيفة.

666 ـ ليس الاشتراط لصالح الغير سوى ملطف غير كافٍ.

تفترض حوالة الدين، حسب تعريفها، استبدال مدين جديد في علاقة الموجب الأصلي بدون الإساءة إليه. والحال أن الاشتراط لصالح الغير غير جدير بتحقيق هذا المفعول لأن موضوعه الوحيد إنشاء رباط قانوني جديد بين الواعد والمستفيد وسببه مختلف عن سبب الدين الأولي الذي يجمع بين المشترط والمستفيد[7]. ولذلك ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير أن يحقق، في الحقيقة، نقل الدين[8].

---

(1) الأطروحة السالفة الذكر، رقم 201، صفحة 151. وكذلك LAMBERT، الأطروحة المذكورة آنفاً، الفقرة 215، صفحة 133 وما يليها، في ما يختص بتعهد مكتسب ملكية عقار مرهون بدفع دين البائع.

(2) المرجع عينه، رقم 205، صفحة 154.

(3) المرجع عينه، رقم 206، صفحة 155. وكذلك LAMBERT، الأطروحة الآنفة الذكر، الفقرة 220، صفحة 241 وما يليها.

(4) المرجع عينه، رقم 207، صفحة 155.

(5) انظر على سبيل المثال من بين الاجتهادات المستشهد بها، حكم غرفة العرائض، 7 شباط 1931، مجلة قصر العدل، 1931، 1، 663.

(6) انظر C. VILAR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 203 وصفحة 204. وكذلك A. LEBRUN، موسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، الطبعة الثانية، V 6 حوالة الدين، 1970، رقم 23 ورقم 24 ـ .J GHESTIN, La trasmission des obligations en droit positif français، المذكور سابقاً، رقم 84، صفحة 62.

(7) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 229 وما يليها ـ L. AYNÈS، الأطروحة المذكورة آنفاً، رقم 87، صفحة 72.

(8) انظر G. GAUDEMET، المرجع عينه، صفحة 352 وما بعدها ـ LARROUMET؛ المرجع عينه ـ .L AYNÈS، المرجع عينه ـ C. LAPP, Essai sur la cession de contrat synallgmatique à titre particulier، أطروحة في ستراسبورغ، 1950، رقم 39، صفحة 58 وما يليها ـ C. VILAR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 206 وما يليها. ويلاحظ، فضلاً عن ذلك أن المستفيد، الدائن المحال عليه، ليس في وسعه ممارسة دعوى الفسخ تجاه الواعد، مما يبين أن الاشتراط لصالح الغير عاجز عن تحقيق خلافة حقيقية للدين (انظر المؤلفين المستشهد بهم).

على أنه، إذا تم قبول أن الاشتراط لصالح الغير يحقق حوالة دين، فينبغي عندئذ الاعتراف بأن المدين الأولي، المشترط، يكون محرراً في وقت أو في آخر. ودراسة هذا التحرر تتيح بصورة أفضل فهم لماذا لا يمكن أن يكون الاشتراط، في أي فرضية كانت، سوى ملطف غير كافٍ.

وثمة نقطة أكيدة؛ وهي أن المشترط الذي كان يشغل مركز المتنازل لا يكون محرراً عند إبرام العملية التي لم يشارك الدائن فيها[1]. ولا يمكن إذاً أن يكون للاشتراط لصالح الغير مفعول سوى ضم مدين جديد إلى المدين القديم وإعطاء نفع إضافي للدائن[2]. فنقل الدين عن طريق الاشتراط لصالح الغير هو بالتالي، حسب مصطلح السيد Gaudemet، جمعي، بمعنى أنه لا يحرر المدين الأولي[3].

فاستخدام الاشتراط لصالح الغير لهذه الغاية يترك إذاً مسألتين معلقتين يبدو أنهما لم تلفتا انتباه الفقه. هل أن بإمكان المدين الأولي الإفادة من الاشتراط يقف في وجه ملاحقات دائنه، ثم كيف يتحرر المدين الأولي عن طريق تنفيذ التقديم الذي وعد به الواعد استناداً إلى الاشتراط لصالح الغير وحده؟

وعلى افتراض أن الاشتراط يحقق حوالة دين داخلية، ينبغي الاعتراف، لكي تتمثل فيه منفعة أكيدة بالنسبة إلى المشترط المتنازل ـ إذا لم يكن فعالاً بما فيه الكفاية ـ، بأن الغير المستفيد ملزم بالمطالبة بالتسديد بالأفضلية على الواعد. والحل المعاكس يعني نفي أي مدى عملي لحوالة الدين المحققة عن طريق الاشتراط لصالح الغير. والفقه الذي رأى أن نقل الدين بصفة خاصة يتحقق بفضل الاشتراط لصالح الغير لم يتمسك بهذا المظهر للمسألة التي أوجدته مع ذلك[4].

---

(1) في هذا الاتجاه GAUDEMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 365.

(2) J-L. GOUTAL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 209، صفحة 158.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 321 وصفحة 367.

(4) أثيرت هذه المسألة بصورة خاصة في صدد الإنابة في الدين. وبالفعل، عندما تكون الإنابة غير تامة فتترك الموجب الذي يجمع المنيب بالمناب لديه قائماً يجري التساؤل عما إذا كان على المناب لديه أولاً أن يتوجه إلى المحال عليه قبل الرجوع على المنيب. ويرى بعض المؤلفين أن المنيب لا يفقد حقه في ملاحقة المحال عليه وبإمكانه ممارسته رغماً عن إبرام الإنابة بدون مراعاة التعهد الجديد الذي التزم به المحال عليه، انظر على سبيل المثال HUBERT, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français، أطروحة في بواتييه، 1899، رقم 193، صفحة 149 ـ SIMLER، مصنف أعمال الكتابة العدل، V العقود والموجبات، الكراسة 103 والكراسة 104، رقم 114 ـ PLANIOL et RIPERT Traité pratique de droit civil français، الجزء VII، تأليف P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE، رقم 1278، صفحة 682 ـ Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في بوردو رقم 229، صفحة 541. وعلى عكس ذلك: لصالح «الفائدة من المنازعة» المعطاة للمنيب وموجب المناب لديه بالتوجب أولاً إلى المحال عليه، انظر E. GAUDEMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 275 وصفحة 276 ـ BEUDANT et LEREBOURGS- PIGEONNIERE, Obligations، الجزء IX، تأليف R. G. LAGARDE وR. PERROT، 1953، رقم 1013، صفحة 96، ولاسيما رقم 1024، صفحة 105 ـ =

وهذه المسألة، في عرف السيد Goutal، سوف تُحل من تلقاء نفسها. فعندما يواجه المدين الأولي (المشترط) صعوبة، لا يرجع الدائن إلاّ على الواعد ويحتفظ مع ذلك بحقه ضد المشترط، بيد أن هذا الحق الذي فقد أي قيمة اقتصادية لا تتم ممارسته. وعلى العكس إذا كان المدين الأولي مليئاً، يحصّل الدائن بالطبع مبلغ دينه من المدين من الدرجة الثانية بدون إزعاج المشترط إذا تم إخطاره بالاسترجاع، على أن المؤلف يعترف بأنه «ليس لأيّ من هذه البراهين قيمة قانونية»... «إنها لا تتوجه إلاّ إلى العقل السليم أو إلى الحدس، لأن الاختيار الذي يأخذ به الدائن بين مدينين لا يعود إلى القانون، وإنما إلى العقل السليم والحدس»[1].

وهذا التفسير، كما يبين المؤلف نفسه، ليس فيه أي شيء قانوني. ولكنه يحوي مع ذلك ضمناً قاعدة تقود إلى جعل المشترط مديناً مستبدلاً، اي إلى نوع من الكفيل، في حين ليس ثمة أيّ قاعدة تتعلق بالاشتراط توّصل إلى هذه النتيجة، حتى أنه يمكن التساؤل عما إذا كان هذا الرأي يعيد النظر في الطابع المستقل للحق المنبثق عن الاشتراط المستقل عن العلاقات التي يمكن أن تجمع المشترط بالواعد. ويمكن إبداء اعتراض حاسم يتعلق بالتحرير النهائي للمشترط بمفعول الاشتراط لصالح الغير وحده.

عندما يكون الواعد قد دفع للغير المستفيد استناداً إلى الاشتراط، هل يكون المشترط محرراً فعلاً من دينه تجاه الغير المستفيد؟

لا شيء أقل تأكيداً من ذلك. إن مفعول الاشتراط لصالح الغير الوحيد هو إعطاء الغير غير المتعاقد حقاً هو حر في قبوله أو رفضه؛ وهذا الحق هو جديد على وجه الخصوص، وهو غير ناتج عن نقل. وبالتالي ليس ثمة أي رباط بين الموجبات السابقة التي تجمع المشاركين في العملية والموجب الجديد. والمؤلفون متفقون، فضلاً عن ذلك، حول هذه النقطة: الاشتراط لا يستبدل مديناً بآخر. والغير المستفيد يملك إذاً حقين مصادرهما وأسبابهما متميزة[2].

= TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE, Obligations، المذكورين سابقاً، رقم 1348 ـ M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 204 وما يليه. انظر علاقة نسبة الموجب.

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 211، صفحة 159 وصفحة 160.

(2) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 160، صفحة 365 وما يليها، وفي عرفه يتكون سبب الاشتراط لصالح الغير من العقد الذي يجمع الواعد بالمشترط، إذ ان هذا العقد يتميز عن العلاقات السابقة بين المشترط والغير المستفيد التي تشكل سبب دين المستفيد على المشترط. فالموجبان إذاً لا رابط بينهما، إلاّ أن يتم قبول أن المشترط أدخل في حقل الاشتراط هذا الموجب الأخير. بيد أنه، حتى في هذه الحالة، يبقى من الصحيح أن الاشتراط لا يؤدي إلى تنازل بل إلى إنشاء. على أنه يمكن التساؤل، في هذه الحالة، عما إذا كنا أمام إنابة مما يفسر سقوط الدين الأصلي. غير أنه لن يكون ثمة نقل للمدين دائماً، ذلك بأن الإنابة لا تتم عن طريق النقل، وإنما، على غرار الاشتراط، عن طريق إنشاء موجب جديد. ويستعيد السيد Larroumet هكذا التحليل الذي سبق أن قدمه Gaudemet في Etude sur le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898، صفحة 362 وصفحة 363.

كيف يمكن، في هذه الأحوال، تفسير أن الاشتراط يمكن أن يكون له مفعول مسقط في ما يتعلق بالدين الأولي؟ لا يمكن اقتراح أي تسويغ مستمد من إوالية الاشتراط[1] مما يبرهن، إذا كانت ثمة حاجة إلى ذلك، أن حوالة الدين لا يمكن إرجاعها إلى الاشتراط لصالح الغير[2]: إنشاء حق جديد ومباشر. ويمكن أن نخلص من ذلك إلى القول إن الاشتراط لا يتيح نقل الديون وهو، إضافة إلى ذلك، ليس تقنية سقوط الموجبات المحتملة الموجودة سابقاً إمّا بين المشترط والواعد وإمّا بين المشترط والغير المستفيد.

II - بطاقات الائتمان (أو الاعتماد)

667 - جرى اقتراح تفسير إوالية بطاقة الائتمان بالاشتراط لصالح الغير. ففي عرف السيدين Malaurie وAynès «يتعهد المورّد (الواعد) لدى المصرف (المشترط) بعدم رفض تسديد دينه بحق أحد الزبن (الغير المستفيد) إمّا باستخدام بطاقة الائتمان أو التأمين الائتماني (أو تأمين الثقة بالملاءة)[3].

وهذا التحليل لا يتوافق مع الطبيعة القانونية للعمليات المحققة عن طريق بطاقات الائتمان.

إن مفهوم «بطاقة الائتمان» في أول الأمر، ليس موحدة. فبعض البطاقات، بالفعل، لا تدخل ثلاثة أشخاص وإنما شخصان فقط؛ إنها البطاقات الصادرة عن بعض المخازن الكبرى والتي توصف «بالبطاقات المانعة» أو «بطاقات المورّدين»[4]. والمورّد يجمع بين هذه الصفة وصفة المصدّر. وبما أن هذه البطاقات لا تدخل ثلاثة أشخاص، فمن البديهي أن لا تكون قابلة للتفسير بالاشتراط لصالح الغير وهو عملية قانونية ثلاثية الأشخاص.

فالتفسير المقترح لا يشمل إذاً إلاّ بعض البطاقات التي يدخل ثلاثة أشخاص، وهي بطاقات تصنف في فئتين حسبما يكون من أصدر البطاقة يدير حساب حائزها أم لا. وتدخل في الفئة الأولى، المسماة بطاقة المطلوب (والخصوم)، البطاقة الزرقاء التي أصبحت البطاقة المصرفية منذ عام 1984، وفي الفئة الثانية، المسماة البطاقة الائتمانية (أو الاعتمادية) بطاقات Diners club, American express[5].

---

(1) يتعذر تفسير المفعول المسقط إلاّ عن طريق عدول الغير المستفيد عن دينه على المشترط، بيد أنه لا يمكن الافتراض أن الاشتراط يؤدي في آثاره إلى هذا العدول. وحسب السيد Vilar، في أطروحته، المذكورة سابقاً صفحة 202، يكون سقوط دين المشترط المتنازل تجاه الغير فعلياً بتسلم الدين الذي يوافق عليه الغير لمدينه.

(2) انظر E. GAUDEMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 365. وفي الاتجاه عينه Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 101، صفحة 233.

(3) Obligations، الطبعة الثانية، رقم 671.

(4) M. BILLIAU, La délégation de créance، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 444.

(5) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 445.

ولم تعرّف السلطات العامة هذه البطاقات ولم تنظم استعمالها حتى القانون رقم 91 ـ 1382، تاريخ 30 كانون الأول 1991، إذا استثنينا المادة 22 من القانون رقم 85 ـ 695، تاريخ 11 تموز 1985، المتعلق بأحكام مختلفة ذات الشأن الاقتصادي والمالي، الذي نص على مبدإ عدم قابلية الرجوع عن الأمر المعطى في البطاقة. وهذا النص الذي استعاده القانون المذكور سابقاً وأصبح وارداً في المادة 57 ـ 2 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935، يحظّر أي اعتراض غير الاعتراض المعلل بضياع البطاقة أو سرقتها أو التقويم والتصفية القضائية للمستفيد.

وأصبحت المادة 57 ـ 2 من مرسوم 30 تشرين الأول 1935 تعطي تعريفاً لبطاقة الدفع وتعريفاً لبطاقة السحب. وللبطاقة الأولى فائدة هنا فقط. فبمقتضى الفقرة الأولى من هذا النص: «تشكل بطاقة دفع أيّ بطاقة صادرة عن مؤسسة ائتمان أو مؤسسة أو خدمة مذكورة في المادة 8 من القانون رقم 84 ـ 86، تاريخ 24 كانون الثاني 1984 المتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان أو رقابتها، تتيح لحائزها سحب الأموال أو نقلها»[1].

إن هذا التعريف غير دقيق. فإذا كانت عبارة «سحب الأموال» محافظة على المعنى نفسه في مختلف أشكالها، فليس الأمر كلك النسبة إلى عبارة «نقل الأموال»؛ وبالفعل ليست الإوالية القانونية التي تنقل الأموال بموجبها محددة بدقة، بحيث أن تفسيرها يفرض نفسه. ولا يمكن بالتالي الاستناد إلى القانون لتحديد الطبيعة القانونية للإوالية المستخدمة. يقتضي إذاً الاتجاه نحو القانون العام للموجبات.

على أن الاشتراط لصالح الغير، أيّاً كان نموذج البطاقة، لا يشكل التفسير القانوني للعملية، كما سنرى ذلك في التفريق بين بطاقات المطلوب (أو الخصوم) والبطاقات الائتمانية (أو الاعتمادية) لتوضيح الوصف.

668 ـ بطاقات المطلوب (Débit): البطاقة المصرفية.

في هذه العملية يسلم أحد فروع G.I.E Carte Bancaire ـ المصدر ـ بطاقة إلى أحد زُبُنه الذي يحوز إلزامياً حساب إيداع أو حساباً جارياً[2]. والتاجر، أو مقدم الخدمة، الذي يلصق اللافتة «C.B» منضم هو نفسه إلى النظام بموجب عقد يسمى «عقد التاجر»، مبرم مع مصرفه الخاص الذي هو أيضاً أحد فروع G.I.E Carte Bancaire. وعندما يدفع حامل البطاقة ثمن الشراء باستخدام بطاقته، يطلق عنان إوالية الدفع، وهي تعطي الأمر ـ غير القابل للرجوع عنه ـ إلى المصدر عن طريق مصرفه بتسديد التاجر الثمن.

---

(1) يعاقب القانون جزائياً تقليد بطاقات الدفع أو السحب وتزويرها من كانوا على علم بذلك واستخدموا البطاقة المزورة أو المقلدة أو حاولوا استخدامها، ومن يقبلون، مع علمهم بالأمر، بطاقة الدفع الجاري عن طريق بطاقة مزورة أو مقلدة. انظر Y. CHAPUT, La loi n° 91-1382 décembre 1991 relative à ـ 1382 des 30 la sécurité des chéques et des cartes de payement، D.1992، العرض XX، صفحة 101 وما يليها.

(2) المادة 2، الفقرة 1، من عقد حامل البطاقة المصرفية «C.B.».

إن استخدام البطاقة المصرفية يحقق سقوط موجبين، أي يحقق دفعاً مزدوجاً . فدين حائز البطاقة تجاه التاجر يصبح ساقطاً ودين الحائز تجاه المصرف التابع للمصدر ـ حساب جارٍ أو حساب إيداع ـ ينقص بما يعادل ذلك.

فهل يفسر الدفع عن طريق البطاقة، أخذاً في الاعتبار هذه العناصر، بالاشتراط لصالح الغير؟

من المناسب التذكير، حسب السيدين Malaurie وAynès بأن الزبون، أي حائز البطاقة، يكون في وضع الغير المستفيد.

والحال أنه يمكن الشك في أن يكون الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى البنية ذاتها للعملية. فالغير، بالفعل، في التحليل التقليدي للاشتراط لصالح الغير، كما يدل على ذلك اسمه، ليس له أيّ علاقة قانونية بالمشترط[1]. بيد أن المشترط، على وجه التحديد، في إوالية البطاقة، الذي هو المصرف، والزبون وهو الغير، مرتبطان بعقد يحدد حقوق الفريقين[2]. فهل يمكن حقاً، في هذه الحالات، الأخذ بأن الزبون يبقى هو الغير؟

ثمة انتقاد ثانٍ، حاسم أيضاً، يمكن تقديمه. أنه يتعلق بتوزيع الأدوار بين مختلف الفاعلين. أليس من الواجب اعتبار أن المستفيد، إذا كان هناك مستفيد بمعنى الاشتراط لصالح الغير، يقتضي أن يكون من تلقى الدفع، أو المورّد؟ إن هذا الأخير، بالفعل، هو الذي سوف يستوفي ما وعد به مصدر البطاقة. والدفع، فضلاً عن ذلك، في عدة فرضيات، سيضمنه المصدر الذي ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المورّد بأي دفع مستمد من علاقاته الشخصية بحائز البطاقة[3]. والمستفيد من العملية هو المورد أكثر مما هو حائز البطاقة، ومجرد كون الزبون، أي حامل البطاقة، له نفع في العملية يبدو غير كاف لإعطائه صفة الغير المستفيد بمعنى الاشتراط لصالح الغير. ومما له مدلوله الملاحظة، من وجهة النظر هذه، ان التحليل المقترح لا يستوجب أي نقل قيمة لصالح الغير، طالما أن الواعد ليس ملزماً إلاّ بموجب عدم الفعل، أي عدم رفض البطاقة. يضاف إلى ذلك أنه يمكن بيان أن الغير، رغماً عن قبوله ـ وهو ليس شرطاً لصحة الاشتراط ـ له تقليدياً دور سلبي. فهو لا يتدخل إيجاباً في تكوين حقه. والحال ان الزبون، عدا كونه مرتبطاً بمصدر البطاقة بموجب عقد، هو الذي يطلق العملية التي تقود إلى تسديد المورّد. إنه يبدو إذاً كمبادر للعملية ولحقه مما هو في تمانع مع الاشتراط لصالح الغير.

وفي النهاية، إذا كان ثمة اشتراط لصالح الغير، فهو لا يتوافق بالتأكيد مع الرسم البياني المقترح.

فهل يجب، بسبب ذلك، أن يستبعد نهائياً التفسير المستمد من الاشتراط لصالح الغير؟

---

(1) انظر الرقم 640 السابق.

(2) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 458.

يفترض الجواب إعادة التفكير في هذا الرسم البياني، مما يستدعي توزيعاً جديداً للأدوار تبعاً للملاحظات السابقة.

فيأخذ حائز البطاقة عندئذ صفة المشترط بما أنه أصدر الأمر، والمصدر، الموصوف بالمدين، يتخذ صفة الواعد ما دام أنه هو الذي سينفذ التقديم الموعود به. أما المورد فيغدو الغير المستفيد.

على أن التفسير المستمد من الاشتراط لصالح الغير، حتى المفهوم على هذا النحو، لا يحمل على الإقناع، ذلك بأن الغير مرتبط دائماً بعقد بالمشترط، وهو عقد بدونه لا يمكن أن تعمل الإوالية. ثم إن الغير، تطبيقاً لهذا العقد، محروم من إمكانية رفض الإفادة من الاشتراط. وهكذا نجد أنفسنا في فرضية اشتراط قسري لصالح الغير، مما يتناقض مع طبيعة الاشتراط ذاتها.

ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير إذاً أن يفسر الدفع المحقق عن طريق بطاقة المطلوب (المخصوم) وليس في ذلك ما يدهش لأن الاشتراط لصالح الغير ليس موضوعه سقوط الموجبات[1]. إن الإنابة، كما سنرى، هي التي تتيح فهم الدفع عن طريق بطاقة المطلوب[2]. ويمكن أيضاً إبداء ملاحظات مماثلة في ما يتعلق بالبطاقات الائتمانية.

669 ـ البطاقات الائتمانية: American express et Diners club.

هذه البطاقات، كما سبق القول ـ وهي الأولى في التاريخ تاريخياً ـ تمثل خاصية عدم التطعم في حساب يمسكه المصدر. ويمكن وصف الإوالية بالطريقة التالية: يسلم المصدر بطاقة تحوي اعتماداً بإمكان حائزها استعمالها على هواه لدى الموردين التابعين للمصدر. ويحصل المورد، عند كل استخدام للبطاقة أو بعد انقضاء مهلة معينة، وقد قام بصورة غير مباشرة بتسديد المورد، على استرداد ما دفعه من الحائز إمّا بإصدار شيك لأمره وإمّا باقتطاع المبلغ من الحساب المصرفي للحائز.

على أن البطاقات الائتمانية، كما بطاقات المطلوب، تحقق مدفوعات، ولكنها لا تفسر بالاشتراط لصالح الغير.

إن الغير، بالفعل، وهو الذي سيحمل البطاقة ـ حسب السيدين Malaurie وAynès ـ لا يزال مرتبطاً بعقد مع المصدر. ويبدو، بصورة خاصة، أن المستفيد هو المورد في الحقيقة، وهو الذي سيتلقى مجدداً الفائدة المالية من العملية. وأخيراً إذا ما لجأنا إلى إعادة توزيع الأدوار، نجد الاعتراضات ذاتها المبينة سابقاً.

أخيراً ليس في وسع الاشتراط لصالح الغير تفسير إواليات بطاقات الائتمان منطقياً.

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما رقم 28.

(2) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 468 وما يليه.

الفصل الثاني

التنازل عن العقد

670 ـ انعدام وجود التنازل عن العقد واللجوء إلى ملطفات حتى منتصف القرن العشرين.

نادراً ما يبدو أن للتنازل عن العقد، المفهوم بأنه «نقل وضع أحد الفريقين في العقد مع الحقوق والموجبات التي يتضمنها»[1]، ماضٍ ما. ولا يمكن لفقه القرن التاسع عشر، المرتبط بالموجبات التي يولدها العقد وحدها، بالفعل، إلاّ أن يتنكر للإوالية إذ لا يقبل حوالات الديون.

وليس بعض نصوص القانون المدني الذي يضع دائماً في علاقة بالمدين المتنازل له أو المستبدل مفهوماً على الإطلاق. إنه يحقق تنازلاً عن العقد. والأمر كذلك بالنسبة إلى المواد 1743[2] و1994[3] و1717؛ ويرفض المؤلفون، في هذه الفرضية الأخيرة، أن يروا في التنازل عن الإيجار سوى حوالة الحق في غياب إنابة أو اشتراط لصالح الغير لمصلحة المؤجر[4]، أو أن يروا فيه ما يسوّغ دعوى المؤجر ضد المتنازل له على الأساس المتميز

---

(1) P. RAYNAUD, Les contrats ayant pour objet une obligation، محاضرات في دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، جامعة باريس II، 1977 ـ 1978، محاضرات في القانون، صفحة 89.

(2) انظر DEMANTE et COLMET DE SANTERRE, Cours analytique de Code civil، الطبعة الثانية، الجزء VII، رقم 189، مكرر I، صفحة 277 (اشتراط ضمني لصالح الغير) ـ LAURENT, Principes de droit civil français، الجزء XXV، 1877، رقم 19، صفحة 30 ـ TROPLONG, Du louage، الجزء II، 1840، رقم 473 وما يليه (الطابع الحقيقي لحق المستأجر) ـ AUBRY et RAU, Cours de droit civil français، الجزء IV، الطبعة الرابعة، الفقرة 369، صفحة 501، التعليق 32 (تطبيق القاعدة التي تقضي بعدم إمكانية نقل حقوق تفوق الحقوق الذي يملكها الناقل).

(3) DURANTON, Droit des contrats، الجزء II، رقم 399، صفحة 34 (دعوى مباشرة استثنائية تقارن بدعوى المادة 1798) ـ DEMOLOMBE, Traité des contrats، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 137، صفحة 143 (دعوى مباشرة مبنية، على مثال المادتين 1743 و1798، على وجود رباط قانوني بين الموكل والوكيل المستبدل) ـ DEMANTE et COLMET DE SANTERRE، المرجع عينه، الجزء VIII، 1844، رقم 212 مكرر V، صفحة 212 (دعمى مبنية، في غياب خطأ الوكيل، على مبدإ التمثيل).

(4) انظر LAURENT المذكور سابقاً، الجزء XXV، 1877، رقم 211 وما يليه ـ HUC, Traité théorique et =

لحوالة الديون[1]. ويبدو أن Guillouard وحده أخذ بأن التنازل عن الإيجار يتحلل كتنازل مزدوج، حوالة حق المستأجر وموجبه تجاه المؤجر[2].

غير أن قانونيي الحقبة لم يكونوا على هذا النحو كلياً. فالعديد من المؤلفين يقبل أولاً فكرة الوعد بالتنفيذ القاضية بأن يتعهد الغير بأن يأخذ على عاتقه الموجبات التي يتحملها أحد الفريقين[3]. ويمكن على الأكثر الكلام هنا على تنازل داخلي عن الموجبات السلبية الناشئة عن العقد: يتعهد المتنازل له، غير المرتبط إطلاقاً بالمحال عليه، وحده يلتزم بتنفيذ العقد. يضاف إلى ذلك أن أحد المؤلفين على الأقل يدافع، في مادة التنازل عن حقيبة التأمين، عن فكرة حوالة الحق المرتبطة باشتراط لصالح الغير التي يتيح نقل الوضع السلبي عقب انضمام المحال عليه[4]. ويبدو أن الاجتهاد يقبل ضمناً «التنازل عن العقد» عندما تكون حوالة الدين موضوع اتفاق مع المحال عليه[5].

فقد قبلت محكمة النقض، في حكم صادر في 3 آذار 1827، تنازلاً أصيلاً عن العقد[6] وأتاحت للمتنازل له عن صفقة لأجل أن يفرض على المحال عليه تنفيذ موجباته، بعد أن أنكرت عليه حق الإفادة من لاحجية عقد التنازل بالنسبة إليه.

إن مؤلفي بداية القرن العشرين، على عكس من سبقوهم، يلجأون بطيبة خاطر إلى فكرة

= pratique de la cession et de la transmission des créances، الجزء I، 1891، رقم 207، صفحة 294 وما يليها.

(1) انظر TROPLONG، المرجع عينه، الجزء I، رقم 128، صفحة 330 (إشغال المتنازل له أماكن تعود للمؤجر) ـ TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code، الجزء XVIII، تأليف Duvergier، 1836، رقم 380، صفحة 361 وما يليها، ورقم 389، صفحة 368 (حق المتنازل له محدود بدفع بدلات الإيجار) ـ AUBRY et RAU، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، الجزء IV، الفقرة 368، صفحة 493. وكذلك النقض المدني، 4 تشرين الثاني 1863، D.1864، 1، 38.

(2) في Traité de louage، الجزء I، الطبعة الثالثة، رقم 340، صفحة 373؛ De la sous-location et du la cession de bail المجلة الناقدة للقانون والتشريع، 1882، ولا سيما الرقم 34، صفحة 201 ـ قارن في ما يتعلق بالمادة 1994 بـ GUILLOUARD, Traité du mandat، الطبعة الثانية، رقم 126 وما يليه وLAURENT، المرجع عينه، الجزء XXVII، 1877، رقم 487 وما يليه، وهما يسندان ضمناً إلى مفهوم التنازل عن العقد لتسويغ دعوى الموكل ضد الوكيل المستبدل.

(3) انظر HUC، المرجع عينه، الجزء II، 1891، رقم 453، صفحة 153 ـ DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon، الجزء XXIV، الطبعة الثانية، رقم 282، صفحة 266 ـ LAURENT، المرجع عينه، الجزء XXV، 1877، رقم 211، صفحة 239 وصفحة 240.

(4) انظر G. ROSSY, Des cessions de portefeuille d'assurance et réassurances générales، أطروحة في باريس، 1898.

(5) النقض المدني، 31 كانون الثاني 1866، S.1866، 1، 152 (أخذ الحكم، بعد أن قبل التنازل عن وعد بالبيع، بأن المتنازل، أيّاً كانت الاشتراطات الحاصلة بين المتنازل له والمتنازل، يبقى شخصياً ملزماً تجاه المحال عليه) ـ انظر أيضاً AUBRY et RAU المرجع عينه، الجزء V، الطبعة الخامسة، الفقرة 359، صفحة 199.

نقل إيجابي وسلبي للموجبات لا لكي يفسروا المادة 1994[1]، وإنما لكي يفسروا المادتين 1717[2] و1743[3] من القانون المدني.

ولكن رغماً عن أعمال Saleilles[4] وGaudemet[5] التجديدية التي تدعم انعدام أي عقبة من الانتظام العام تشكل حائلاً أمام قبول حوالة الديون في القانون الفرنسي، فهما يرفضان قبول مفهوم عام للتنازل عن العقد يوفق بين حوالات الحق وحوالات الدين ويؤمن لمختلف النصوص التي تسوس التنازل عن مجموعة عقدية نظام استثناءات قانونية[6].

والأمر يتعلق، على وجه أخص، بقوانين أول تموز 1893 (التي عدلت المادة 3 من قانون 24 حزيران 1867) بتحرير المكتتب، أو المساهم الذي تنازل عن سنده من التسديدات التي لم تكن مطلوبة بعد سنتين من التفرغ، و19 تموز 1928 الذي يجبر مكتسب ملكية مؤسسة على الاستمرار في عقود العمل التي أبرمها بائعها، و13 تموز 1930 (المادة 19) الذي يجيز لشاري شيء مؤمَّن الإفادة من التأمين الذي تعاقد عليه مورثه مع إكراهه على مراعاة التعهدات الملزم بها كل مؤمَّن تجاه المؤمِّن، وأخيراً المرسوم الاشتراعي بتاريخ 14 حزيران 1938 (المادة 11) الذي ينظم التنازل عن حقائب التأمين من شركة إلى أخرى.

ويتقلص الفقه والاجتهاد، في غياب تفاهم مع المحال عليه[7]، عند ذلك إلى استخدام

---

(1) S.27-1825، 1، 631. انظر في الاتجاه عينه، النقض المدني، 6 أيار 1857، D.P. 1857، 1، 289.

(2) لا يستهدف المؤلفون سوى «إمكانية استبدال»؛ انظر BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et, RODIÈRE et PERCEROU، المرجع عينه، الجزء XII، الطبعة الثانية رقم 311، صفحة 348 - AUBRY et RAU، المرجع عينه، الجزء VI، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 413، صفحة 220. انظر أيضاً H. SOLUS, L'action directe et interprétation des articles 1753, 1798 et 1894 du Code civil، أطروحة في باريس، 1914، رقم 158، صفحة 216 وما يليها.

(3) انظر BAUDRY- LACANTINERIE et WAHL, Traité théorique et pratique de droit civil français، الجزء XX، الطبعة الثالثة، رقم 1140، صفحة 657 وما يليها -. BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et BRETHE DE LA GRESSAYE, Cours de droit civil français، الجزء XI، الطبعة الثانية، رقم 503، صفحة 450 - PLANIOL et RIPERT, Traité de droit civil français، الجزء X، 1932، تأليف B. PERREAU، رقم 560، صفحة 693 وما يليها.

(4) BAUDRY- LACANTINERIE et WAHL، المرجع عينه، الجزء XX، رقم 1313 وما يليه - BEUDANT, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et BRETHE DE LA GRESSAYE، المرجع عينه، الجزء XI، الطبعة الثانية، رقم 546، صفحة 512 (ومع ذلك رقم 536 مكرر، صفحة 495) ، PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، 1931، تأليف J. RADOUANT، رقم 1142، صفحة 473.

(5) De la Cession des dettes، حوليات القانون التجاري، 1890، الفقه، صفحة 1 وما يليها.

(6) Etude sur le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898.

(7) AUBRY et RAU، المرجع عينه، الجزء V، الطبعة السادسة، تأليف P. ESMEIN، الفقرة 359، صفحة 142، التعليق 26.

(8) PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، تأليف J. RADOUANT، رقم 1115، صفحة 427 - AUBRY et RAU، المرجع عينه - B. L'HOMMÉE, De la cession de bail، أطروحة في باريس، 1921، صفحة 55 وصفحة 56.

وسائل تقنية لقبول مفعول مزعوم أنه معادل للتنازل الاتفاقي عن العقد؛ وهكذا يتم التنسيق بين حوالة الحق والاشتراط لصالح الغير أو الإنابة اللذين يجيزان وحدهما تحقيق نقل الوضع السلبي[1].

671 ـ قبول التنازل عن العقد والنقاش حول طبيعته القانونية.

بدأ العديد من المؤلفين في بداية الخمسينات فقط، مستوحين الأعمال الأجنبية[2]، باقتراح نظرية مستقلة للتنازل عن العقد، بعد أن بينوا عدم كفاية الملطفات التي قدمها الفقه التقليدي لتجاوز مبدأ لاقابلية نقل الديون (عليه).

ودعم معظمهم عند ذلك تحليلاً مزدوجاً للتنازل عن العقد بتقسيمه إلى حوالة الحق وحوالة الدين أو استعادة الدين[3]. ولم يدعم المؤلفين سوى واحد[4] ومنذ وقت أحدث، مستنداً إلى التطور التشريعي والاجتهادي[5] وإلى «حركة وضعنة (objectivation) العقد»[6]، فتبنى مفهوماً واحديا في الحقيقة للتنازل عن العقد، بدون تقليص هذا التنازل إلى نقل الحقوق والواجبات ولو كان لاإنقسامياً.

يقتضي إذاً استعادة النقاش الذي يمكن أن يقوم بين المتمسكين بالمفاهيم الواحدية والثنائية للتنازل عن العقد. وسنبين هكذا أن نظرية إتفاقية صرفاً للإوالية غير مقبولة، بيد أنه من المناسب، بما أنه لا يبدو جدياً من الممكن مواجهة التنكر لوجود اتفاق الإرادتين، ولو كان الفريقان ينعتانه خلافاً للأصول، التساؤل حول مفاعيله، أي، بصورة تجريدية أكثر،

---

(1) انظر J. BECQUÉ, La cession de contrat, in Travaux et recherches de l'institut de droit camparé de l'Université de Paris الجزء 15، 1959، صفحة 89 وما يليها، ولا سيما صفحة 102.

(2) I. GALVÃO TELES, La cession de contrat ، (تقرير عام للمؤتمر الثالث للقانون المقارن، لندن، 1950)، المجلة الفصلية للقانون المقارن، 1951، صفحة 217 وما يليها.

(3) Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé، أطروحة في بوردو، 1968، رقم 81، صفحة 160: «التنازل عن العقد الملزم للطرفين يتحلل، في نهاية المطاف، كحوالة مزدوجة للدين (له) وللدين (عليه) الناشئين عن العقد» ـ Ph. MALAURIE, La cession de contrat، فهرس Defrénois، 1976، البند 31194، صفحة 1009، ولاسيما رقم 28، صفحة 1022، ورقم 31، صفحة 1023 ـ La cession de contrat، محاضرات في الدكتوراه، جامعة باريس II، 1975 ـ 1976، محاضرات في القانون ـ P. RAYNAUD، المرجع عينه، صفحة 91 وصفحة 92، الذي يقارن، بدون اتخاذ موقف، بين التحليلين.

(4) L. AYNÈS, La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph. MALAURIE ـ جرت استعادة تحاليله بإيجاز في Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 779 وما يليه.

(5) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 94 وما يليه.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 134، صفحة 103. قارن بـ P. HÉBRAUD Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques in Mélanges offerts à Jacques Maury، 1960، الجزء II، صفحة 420 وما يليها.

نظامه، ذلك بأنه ليس ثمة أي نص قانوني يحظر تلاقياً للإرادتين كهذا. وينبغي، فضلاً عن ذلك، عدم إهمال الفرضيات المختلفة المسماة تنازلات قانونية التي سوف نرى أنها تحقق توسعاً لقوة العقد الملزمة خارج إبداء إرادة الفرقاء جميعاً في عملية التنازل في الفرضيات وحدها حيث يفرض هذا التنظيم نفسه هذا التنازل في ما يتعلق بالعقود المنظمة.

القسم 1

رد التنازل التوافقي عن العقد

672 ـ إذا كان ثمة خلاف حول الطبيعة الثنائية أو الواحدية للعقد وعلى وجه الخصوص حول نقطة معرفة ما إذا كان تفرغ أصيل يمكن أن يكون موجوداً في غياب رضا المتعاقد المحال عليه، فإن الفقه المعاصر على الأقل مجمع على قبول استقلاليته.

الفقرة 1 ـ استقلالية التنازل الاتفاقي عن العقد

673 ـ وفّق الفقه والاجتهاد في أول الأمر بين حوالة الحق ونقل الدين باللجوء إلى إواليات الإنابة والاشتراط لصالح الغير. وقد شاء الفقه، بعد أن أخذ بأنه يستحيل على هذه الإواليات أن تؤمن بفعالية نقلاً كهذا، تأكيد وجود مفهوم للتنازل عن العقد بتفريقه عن مفاهيم قريبة.

I ـ المفاهيم المستمدة من مدوّنة القانون المدني لا تؤمن نقل الديون (عليه)

674 ـ قصور الإنابة والاشتراط لصالح الغير.

لم يبق الفقه والاجتهاد، مع أنهما تنكرا للتنازل عن العقد برفض إجازة حوالة الدين، غريبين عن بعض اهتمامات الممارسة خلال القرن التاسع عشر. فقد تصوروا، في غياب نص[1] ينظم التنازل أو وجوده[2]، تحميل عبء الدين من كان يؤمن استمرار العقد، باستخدام مفهوم تقليدي مستمد من مدوّنة القانون المدني. وهكذا نسّقا حتى منتصف القرن

---

(1) انظر على سبيل الأمثلة الاجتهاد المتعلق باسترداد عقود إجارة الخدمات الجارية من قبل مكتسب ملكية مؤسسة تجارية (محكمة استئناف باريس، 1908، D.1908، 2، 196؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1909، صفحة 906، ملاحظة R. DEMOGUE. قارن بحكم محكمة استئناف ليون، 8 كانون الثاني 1848، D.1848، 2، 175؛ S.1848، 2، 404)، والجهود الفقهية لتأمين استرداد حقائب التأمين (.G ROSSY، الأطروحة المذكورة سابقاً).

(2) انظر الرقم 670 السابق في شأن المادة 1717 المتعلقة بالتنازل عن الإيجار.

العشرين بين حوالة الحق المسموح بها والاشتراط لصالح الغير أو الإنابة.

فعلى المشترط أن يبدي إرادته في إنشاء حق ضد الواعد المتنازل له لصالح المستفيد المحال عليه. وإذا كانت الإوالية لا تحرر المشترط فلا شيء يمنع أن يكون هذا التحرير موضوع عقد لاحق بين المشترط والغير المستفيد[1]. والإنابة من ناحيتها، وهي تجيز للمناب المتنازل له أن يصبح مدين المناب لديه المحال عليه، لها أفضلية على الاشتراط لصالح الغير عندما تكون «تامة» أو حسب اصطلاع أصح، تجديدية، عندما يتحرر المنيب من دينه تجاه المناب لديه[2].

ويرى الفقه المعاصر، بدون أن ينفي فعالية اللجوء إلى إواليات كهذه التي ينتقد ثقلها مع ذلك، ان هذا اللجوء لا يتيح تأمين أصالة التنازل عن العقد[3].

والإنابة والاشتراط لصالح الغير ليس في وسعهما، في ما هو أساسي، نقل الديون لأنهما يولدان علاقات قانونية جديدة. وبما أن الغير المستفيد يملك هكذا حقاً خاصاً تجاه الواعد فليس في وسع هذا الواعد أن يحتج ضد المناب لديه بالدفوع التي بإمكانه الاحتجاج بها ضد المشترط. كما أن المناب لا يمكنه الاحتجاج ضد المناب لديه بالدفوع التي يمكن أن يحتج بها في وجه المنيب، ولا بالدفوع التي يتمكن المنيب من الاحتجاج بها ضد المناب لديه[4] من حيث المبدأ. وهذه الجدة في علاقة الموجب تعطي، فضلاً عن ذلك، الغير المستفيد حقاً مباشراً ضد الواعد والمناب لديه ضد المناب يمنع، بكونه لا يمر عبر الذمتين الماليتين للمشترط والمنيب، أيضاً الكلام على النقل.

إن تحليل مختلف التنازلات القانونية عن العقد (تنازل عن الإيجار وحقيبة التأمينات، الخ) كحوالة دين مشتركة مع إحدى هذه الإواليات تبدو بدون فائدة. كما أن هذه الإواليات، إلاّ في حال وجود إعداد عقدي يشوه طبيعتها القانونية[5]، لا تؤمن نقل الديون ولا يسعها بالتالي، ولو انضمت إلى حوالة حق، تحقيق تنازل اتفاقي عن العقد.

---

(1) انظر الرقم 666 السابق.

(2) انظر E. GAUDEMET, Essai sur Le transport de dettes à titre particulier، أطروحة في ديجون، 1898، صفحة 287 وما يليها.

(3) انظر Ch. LAPP, Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، 1950، رقم 38 ورقم 39 ـ Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 99 وما يليه ـ Ch. VILAR, La cession de contrat en droit français، اطروحة في مونبلييه، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، الصفحات 199 إلى 208 ـ Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، الأرقام 36 إلى 41 ـ P. RAYNAUD، المرجع عينه، صفحة 90 ـ L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 79 ورقم 87 وما يليه ـ J-L. AUBERT، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 نيسان 1973، فهرس Defrénois، 1974، البند 30547، صفحة 292.

(4) انظر مع ذلك تباين الاجتهاد بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية في محكمة النقض، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21922، تعليق M. BILLIAU.

(5) انظر كمثال على الإنابة Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37، صفحة 1028.

فهل يمكن الذهاب حتى إلى الأخذ بأن الاشتراط لصالح الغير والإنابة كوّنتا مراحل كهذه في قبول نظرية استقلالية التنازل عن العقد؟ يتعذر قبول ذلك إلاّ بارتكاب غلط رؤاية تاريخية (ما يمكن تسميته وهماً استعادياً). ولم يكن بالإمكان مواجهة المفهوم ذاته للتنازل عن العقد إلاّ انطلاقاً من الآونة التي تم فيها الأخذ بأن هذه الأساليب لم تكن تتيح تأمين نقل أصيل للمديون، في حين أن هذا النقل كان يبدو ملائماً وممكناً بفضل وضعنة نسبة الموجبات[1]. ولا يستطيع الفقه أن يبغي حل مسائل لا تطرح؛ فمن غير الممكن إذاً مقاسمة السيد Malaurie[2] الرأي الذي يتكلم على الاستمرار في صدد التنازل عن العقد (من المعلوم إلى المجهول)؛ إن الأمر يتعلق بالأحرى بقطيعة.

II ـ يفترق التنازل عن العقد عن مفاهيم قريبة

675 ـ التجديد.

إن التجديد «يستمد خاصيته من الاكتساب السّويّ للملكية»[3]: نية التجديد التي، حسب أحكام المادة 1273 من القانون المدني، يجب أن تنتج بوضوح عن العقد، تلتمس أن يتوخى الفريقان سقوط الموجب القديم لصالح موجب جديد يحل محله[4]؛ وينبغي أن يكون كل من الموجبين متميزاً عن الآخر وإلاّ لن يكون هناك سوى مجرد تعديل للموجب[5]. ورغماً عن تغيير أحد فريقي العقد المتنازل عنه لا يتوخى فريقا عقد التنازل استبدال موجب بآخر. ونية التجديد بالتالي يتعذر أن تكون متميزة. يضاف إلى ذلك، إذا تم قبول أن نسبة الموجب المستمدة من العقد تشكل هكذا قيمة ذمة مالية، إن تغيير أحد الفريقين لا يبدل الموجب إلى درجة يمكن معها تمييز الجديد.

676 ـ التمثيل.

يجب، مع أن المقارنة لم تتم إلاّ في النادر، التفريق بين التنازل عن العقد والتمثيل[6]، مما هو سهل المنال ذلك بأنه، إذا كان الممثِّل، في هذه الفرضية الأخيرة، لا يدخل أبداً في العلاقة العقدية التي تربط الممثَّل بشريكه في التعاقد، فإن وضعه العقدي الخاص، في

---

(1) انظر الرقم 680 اللاحق.

(2) Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 56، صفحة 1037.

(3) A. GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties، منشورات L.G.D.J، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 102، صفحة 47.

(4) PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، تأليف R. RADOUANT، رقم 1259، صفحة 589.

(5) انظر حول التفريق A. GHOZI، المرجع عينه، رقم 28 وما يليه ـ النقض المدني، 17 كانون الأول 1928، D.H.1929، صفحة 49 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1967، 1967، صفحة 321، تعليق N.M.K. GOMAA ـ 25 أيار 1981، النشرة المدنية، I، رقم 282، صفحة 148، الإلحاح على ضرورة موجب جديد موضوعياً لوصف عملية التجديد.

(6) انظر Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 1024.

الفرضية الأولى، الذي يربطه بالمحال عليه، هو الذي ينقله المتنازل. وفي هذا التدبير تتم المفاعيل السلبية والإيجابية للتمثيل مباشرة في ذمة الممثِّل المالية، مما لا يسمح بالتنازل عن العقد الذي يستوجب نقل حقوق المتنازل وموجباته إلى المتنازل له. والتمثيل أخيراً يتطلب إرادة الممثِّل الخاصة في العمل لصالح الغير، وهي إرادة ربما لا تكون، احتمالياً، موجودة لدى المتنازل.

677 ـ العقد من الباطن.

في حين أن التفريق بين العقد من الباطن والتنازل عن العقد بقي لمدة طويلة مجهولاً[1] أو منازعاً فيه[2] يبدو أنه أصبح قائماً[3]. وفي حين أن العقد من الباطن يولد علاقة عقدية مزدوجة إذ يتراكب مع العقد الأصلي، يتناول التنازل عن العقد علاقة وحيدة يغير أحد شريكي العقد بأن ينزع، من حيث المبدأ، يد أحدهما، وهو المتنازل، لصالح الآخر الذي يحل بديلاً عنه، وهو المتنازل له.

وهكذا يتم في الإجارة من الباطن تراكب عقدين (إجارة وإجارة من الباطن) في حين أن التنازل عن الإجارة لا يتناول سوى عقد واحد يستبدل فيه أحد الفريقين (المتنازل له مكان المتنازل). والمقاولة من الباطن، بالطريقة عينها، تتيح للمقاول الأصلي أن يبقى حائز الصفقة، في حين أن التنازل عن الصفقة ينزع إلى نزع يده واستبدال مقاول آخر به[4].

وهذا التفريق ضمني وإنما مبني بالضرورة على وَضْعَنة معينة للعقد، عندما يكون من المقبول أن استبدال «الغير» (المتنازل له) بأحد المتعاقدين الأصليين (المتنازل) ولا يولد علاقة عقدية جديدة بين المتنازل له ومن يبقى مرتبطاً (المحال عليه).

ومعياره الأساسي في التمييز يعود، فضلاً عن ذلك، إلى كون «التنازل عن العقد (. . .) يستهدف بالتالي تحرير من كانت له المبادرة باللجوء إليه»[5] ويعبر عن «إرادة المتنازل في «ترك المسرح العقدي»[6]. غير أن هذا الهدف لا يتحقق دائماً ولا تستجاب هذه الإرادة

---

(1) انظر POTHIER, Du louage، رقم 280 وما يليه.

(2) P. ESMEIN, Cession de bail et sous - locations، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 251 وما يليها ـ PLANIOL et RIPERT، المذكوران سابقاً، الجزء X، تأليف B. PERREAU، رقم 551، صفحة 677.

(3) Ch. LARROUMET، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 90 وما يليه ـ J. TEYSSIÉ, Les groupes de contrats، منشورات L.G.D.J.، 1975، مقدمة J-M. MOUSSERON، رقم 127، صفحة 71 . ـ J. NÉRET, Le sous contrat، منشورات L.G.D.J، 1979، مقدمة P. CATALA، رقم 56 وما يليه ـ L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 156، وما يليها.

(4) انظر J. MONTMERLE, Cession et sous- traité de marché de travaux en droit privé، A.J.P.I، 1963، 1، 155. كذلك J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 60، صفحة 54.

(5) J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 58، صفحة 51.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 138، صفحة 106.

دائماً، إذ يتحمل المتنازل على الأقل موجب الضمان تجاه المحال عليه الذي لم يحرره من موجباته[1]. ويغدو التفريق بين العقد من الباطن والتنازل عن العقد أدق: الإرادة وحدها في عدم الالتزام والطابع الفرعي للموجب تجاه المحال عليه هما اللذان يفرقان المتنازل عن المتعاقد الوسيط.

والتفريق، بالمقابل، لا يحتّمه كون المتنازل له والمتعاقد من الباطن يتمتعان بدعاوى مباشرة ضد المحال عليه والمتعاقد الأصلي[2]. وكما بيّن ذلك صواب السيد Larroumet[3] ثمة فارق عميق في الطبيعة بين دعوى المتعاقد الأصلي ضد المتعاقد من الباطن (المؤجر ضد المستأجر من الباطن) ودعوى المحال عليه ضد المتنازل له. ففي حين أن الدعوى الأولى تخفف صلابة مبدإ المفعول النسبي للعقد بالسماح لشخص ثالث بالإفادة من علاقة عقدية تبقى أجنبية عنه[4]، ليست الدعوى الثانية سوى «نتيجة قانونية» للتنازل الذي ينزع إلى خلق رباط عقدي بين المحال عليه والمتنازل له. وبتعابير أخرى، ما أن يتم قبول مبدأ التنازل عن العقد حتى يصبح المحال عليه، المرتبط بالمتنازل له، متمتعاً بدعوى «مباشرة» بالضرورة ضده من الطبيعة عينها للدعوى التي يملكها أي دائن ضد مدينه الخاص؛ وتعبير «مباشرة» حشوي إذن.

إن وجود هذا الرباط، أو عدم وجوده، هو الذي يتيح التفريق، بدون صعوبة، بين البيع بعد الشراء والتنازل عن العقد. ففي حين أن هذا التنازل موضوعه ربط المتنازل له بالمحال عليه عقدياً، فليس ذلك موضوع البيع بعد الشراء الذي يتوخى فقط ربط البائع الوسيط بمكتسب الملكية الثاني بعقد بيع جديد، وليست الدعوى المباشرة التي يتمتع بها مكتسب الملكية الثاني سوى إوالية تخفف من صلابة مبدإ المفعول النسبي.

والبيع بعد الشراء، المتميز عن التنازل عن العقد، يجب عدم خلطه بالعقد من الباطن، فهذا العقد، لأنه يتراكب مع عقد آخر، يستوجب «دوام الوضع العقدي»[5]، وليست الحالة كذلك في البيع بعد الشراء الذي يحقق تعاقب عقدين.

---

(1) J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 58، صفحة 51 ـ L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 190، صفحة 137.

(2) انظر مع ذلك L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 140، صفحة 107.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 91، صفحة 193.

(4) انظر الرقم 773 اللاحق.

(5) J. NÉTRET، المرجع عينه، رقم 42، صفحة 38. يضاف إلى ذلك أن العقد من الباطن غير المنسجم مع موجب الإعطاء، يلتمس وجود موجب الفعل انظر J. NÉRET، المرجع عينه، رقم 40 وما يليه).

الفقرة 2 ـ الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد

678 ـ الجدل المستمر.

إذا كان وجود مفهوم استقلالية التنازل عن العقد يبدو اليوم مقبولاً إجماعياً، فما هو أقل تأكيداً بكثير ان الجدل حول الطبيعة القانونية قد انطفأ. والحال أن التحديد الدقيق للطبيعة القانونية للتنازل عن العقد أمر أساسي ذلك بأنه، انطلاقاً من استحالة التوصل إليه، يمكن معارضة القبول ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد. وبالفعل، إذا لم تكن النظرية الثنائية مرضية، فإن النظرية الواحدية، رغماً عن حسناتها والحظوة التي لها لدى بعض المؤلفين، ليست أكثر إرضاء.

I ـ المفهوم الثنائي

679 ـ بعد أن نعرض مبادىء هذا المفهوم سنعمد إلى رسم حدوده.

أ ـ عرض النظرية الثنائية

680 ـ فرضية السيد Lapp.

ينبغي، في ما يتعلق بالنظرية الثنائية للتنازل عن العقد، استعادة دراسة النظرية التي بسطها السيد Lapp الذي تعود إليه مزية كونه أول من منهج عرضها في القانون الفرنسي[1].

يبدأ المؤلف بالأخذ بأنه ليس العقد في ذاته وإنما العلاقات القانونية الناشئة عن العقد هي التي تنتقل، ليخلص إلى القول إنه «يُدل بالعقد بالتالي على الاتفاقية التي بموجبها تُنقل من متعاقد إلى الغير مجموعة علاقات قانونية مستمدة من عقد ما تقع على عاتقه»[2]. وموضوع التنازل المحدد هكذا، من جهة أولى، «أن يُسند للمستقبل إلى الغير الذي بقي أجنبياً عن العقد جميع الحقوق والموجبات المستمدة منه»، ومن جهة ثانية، «جعل المتنازل عندئذ أجنبياً عن العقد الأصلي»[3]. والتنازل، فضلاً عن ذلك، ملائم من وجهة نظر مزدوجة: أولاً بسبب «سرعة متنامية في سير المصالحات» تتطلب «حركية العقود» المتسمة بعدم شخصنة العلاقات الملزمة» ثم لأن أغلبية هذه العقود «تبرم تبعاً لهدف ما ولظروف معينة» تجعل، وهي قابلة للتغير، تقل العقد مرغوباً فيه[4].

إن المؤلف، رغماً عن هذه اللاّشخصنة التي يتحقق منها، يتوخى التوفيق، في فرضيته، بين الحركية العقدية وأمن الائتمان، ذلك بأن التنازل عن العقد، إذا كان من الممكن أن

(1) Essai sur la cession de contrat synallagmatique à titre particulier، أطروحة في ستراسبورغ، مقدمة J. RADOUANT، 1950.

(2) المرجع عينه، رقم 1، صفحة 9.

(3) المرجع عينه.

(4) المرجع عينه، رقم 2، صفحة 9 وصفحة 10.

يحقق نفعاً للمحال عليه «الذي يرى، بفعل هذا التنازل، التنفيذ السويّ للعقد مؤمناً»[1]، يمكن أيضاً أن يضر به عندما يكون هذا المحال عليه، «حتى إذا لم يتعاقد بالنظر إلى شخصه [شخص المتنازل]، قد أقام، مع ذلك، وزناً لملاءته التي تشكل ضماناً في حال عدم تنفيذ العقد»[2].

من المنطقي أن يدافع المؤلف، وقد أخذ بأن العناصر التي تؤلف العقد هي التي يتم التنازل عنها وليس العقد في ذاته، عن المفهوم التحليلي أو الثنائي للتنازل عن العقد[3]. وهو، إذ يتكلم على التنازل عن العلاقة العقدية[4]، لا يحلله عندئذ كحوالة حق وحوالة دين وحسب وإنما أيضاً كتنازل عن الحقوق التي ينعتها «بالإرادية» (Gestaltungrecht)[5].

إن مسألة حوالة الدين هي التي بالطبع يصطدم بها دائماً التنازل عن العقد والتي تولد الصعوبات الأكثر. ويقبل المؤلف المبدأ ذاته لهذا التنازل مع الأخذ بأن الموجب، ما خلا حالة الموجب الذي ينشأ بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، هو موجب بين ذمتين ماليتين أكثر مما هو علاقة شخصية بين فردين، بكون ذمة المتنازل المالية ليست سوى ضمان دين المحال عليه[6]. وبعد أن رفض أنظمة الإنابة والإشتراط لصالح الغير[7]، دعا المؤلف إلى تبني إوالية خاصة لاستعادة الدين[8]. وإذ بيّن أن اتفاقية ناقلة للحقوق هي محتج بها تجاه الجميع بكونها واقعة قانونية[9] أخذ بأن عقد حوالة الدين بين المتنازل والمتنازل له تُفرض على المحال عليه الذي بإمكانه عند ذلك الرجوع على المتنازل له. على أن الحجية شاملة ذلك «بأنه من المناسب صون مصالح الدائن المحال عليه الذي يتمتع بحق مكتسب في أن لا يرفع عنه

---

(1) المرجع عينه، رقم 4، صفحة 12.

(2) المرجع عينه، رقم 6، صفحة 12.

(3) المرجع عينه، رقم 33 وما يليه.

(4) المرجع عينه، رقم 19، صفحة 28 وما يليها.

(5) يستشهد المؤلف (المرجع عينه، رقم 20، صفحة 30 بتعريف Massina الذي استعاده السيد BOYER (Les personnes synallagmatiques de vente، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1949، رقم 27، صفحة 26): «سلطات بمقضاها يستطيع حائزوها التأثير في الأوضاع القانونية الموجودة سابقاً بتعديلها، أو بإنشاء أوضاع جديدة عن طريق نشاط خاص أحادي الجانب (أعمال قانونية أو دعاوى قضائية أو مراجعات إدارية)». وحق قبول إرث أو رفضه ودعوى الفسخ أو البطلان يشكلان أمثلة على الحقوق الإرادية. كذلك G. MICHAELIDÈS - NOUAROS, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، صفحة 225 وصفحة 226 ـ I. NAJJAR, Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral، منشورات L. G. D. J، 1967، مقدمة P. RAYNAUD ولاسيما رقم 98 وما يليه، والإسنادات المستشهد بها.

(6) المرجع عينه، رقم 25 وما يليه.

(7) المرجع عينه، رقم 38 ورقم 39.

(8) المرجع عينه، رقم 40 وما يليه.

(9) المرجع عينه رقم 40. يقتبس المؤلف ضمناً عن فرضية Weill التفريق التقليدي اليوم بين المفعول النسبي والحجية (المرجع عينه، رقم 173، صفحة 306).

ضمان دينه الذي تكوّنه ذمة مدينه المالية[1]. ولاحجية عقد التنازل، بكونها محدودة بحفظ مصالح الدائن المحال عليه، تستوجب «أن يحتفظ بحق ملاحقة مدينه القديم أو بالأحرى ذمة هذا المدين المالية»[2]، إلاّ أن يعدل صراحة عن هذه الملاحقة[3]. بيد أن المؤلف يعترف بأنه، في غياب عدول كهذا، لم يعرّف، على ضوء حوالة الدين[4]، سوى التنازل عن العقد غير التام أو الجمعي: إذا كانت المساهمة في الدين تقع في النهاية على عاتق المتنازل له (يتحمل وحده عبء هذه المساهمة) فإن موجب الدين يتضاعف (بإمكان المحال عليه ملاحقة المتنازل والمتنازل له[5]).

والنظرية الثنائية التي يعرضها السيد Lapp تتيح، في النهاية، الإقدام على «تنازل» عن العقد بتوافق بين المتنازل له والمتنازل فقط، وإنما لا تؤدي إلى تحرير المتنازل إلاّ برضا المحال عليه؛ ويبقى المتنازل، في الفرضية المعاكسة، ملزماً بالدين. فلا يمكن إذاً، في غياب موافقة المحال عليه، أن يكون ثمة تنازل عن العقد يكون محتجاً به تجاهه.

وينضم السيد Larroumet أيضاً إلى تحليل ثنائي كهذا بعد أن يبين أن «التنازل عن عقد ملزم للطرفين يحقق في الوقت عينه حوالة حق وحوالة دين»[6]، ولكنه كما سلفه[7]، يصر على الطابع غير القابل للانقسام لهاتين العمليتين مما يتيح له تأكيد الطابع المستقل للتنازل عن العقد بالنسبة إلى كل منهما[8].

---

(1) المرجع عينه، رقم 41، صفحة 62. يرجع المؤلف هنا إلى فرضية Bastian الذي يأخذ بأن المشترع يعاقب مراعاة الحقوق المكتسبة باللاحجية(Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité، أطروحة في باريس، 1929، صفحة 223 وما يليها).

(2) المرجع عينه، رقم 41، صفحة 62.

(3) المرجع عينه، رقم 43، صفحة 63.

(4) انظر E. GAUDEMET، الأطروحة في الآنفة الذكر، الصفحات 8 إلى 10.

(5) المرجع عينه، رقم 46، صفحة 67.

(6) Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé، أطروحة في بوردو، 1968، رقم 103، صفحة 242 (انظر في شأن انضمامه إلى تحليل السيد Lapp، رقم 111، صفحة 275 وما يليها). انظر في الاتجاه عينه O. MAIRA-LAMAS, La cession de contrat en droit comparé، أطروحة في باريس، 1960، رقم 14 وما يليه. قارن بحكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1954، D.1955، 1، 22؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1955، صفحة 334، ملاحظة J. CARBONNIER، تعريف التنازل عن الإيجار بأنه «عقد من طبيعة خاصة يحوي حوالة حق لصالح المتنازل له وكذلك نقل موجب دفع بدل الإيجار وتنفيذ شروط الإجارة على عاتق المتنازل له».

(7) انظر Lapp، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 34، صفحة 51.

(8) الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 103، صفحة 242 وما يليها. أتاحت هذه اللاانقسامية للسيد Raynaud الأخذ بأنه لم تكن ثمة استقلالية إلى هذا الحد بين النظريتين الثنائية والواحدية (انظر La cession ayant pour objet une obligation، المرجع عينه، صفحة 92).

ب ـ حدود النظرية الثنائية.

681 ـ ـ يبقى المتنازل دائماً، في غياب موافقة المحال عليه، ملزما بالدين تجاهه.

يلح مختلف المفاهيم الثنائية، أيّاً كانت فروقاتها الدقيقة، على الحد الأدنى من ضرورة رضا يعطيه المحال عليه لتحرير المتنازل[1]، من أجل تأمين نقل حقيقي للعلاقة العقدية وصفة الفريق[2].

وبالفعل يتناول النقاش مسألة معرفة ما إذا كان رضا المحال عليه ضرورياً للصحة ذاتها للتنازل أو فقط لتحرير المتنازل[3]. ولكنه، في أي حال، ليس موضع بحث، إلاّ في غياب رضا المحال عليه، الصريح أو الضمني، حسب الظروف، في أن يكون المحال عليه محرراً.

وبتعبير آخر، ما أن لا يكون رضا المحال عليه في التنازل مكتسباً حتى لا ينتج العقد إلاّ مفاعيل محدودة: إذا كانت صحة التنازل مقبولة في غياب موافقة المحال عليه، فإن المتنازل له هو الذي يتحمل في نهاية المطاف عبء الدين بسبب العقد الذي أبرمه مع المتنازل الذي يبقى، رغماً عن كل شيء، ملزماً تجاه المحال عليه. فليس العقد، مرة أخرى، هو المنقول وإنما عبء الدين.

682 ـ يتعذر نقل الحقوق الإرادية للغير.

إذا قلصنا التنازل عن العقد، حتى غير القابل للانقسام، إلى حوالة حق أو دين، فإن مصير الحقوق الإرادية (حق المتنازل له، أو المحال عليه تجاه المتنازل له، في طلب فسخ العقد المتنازل عنه، أو البطلان، الخ) غامض[4].

ويبقى المتنازل له، في غياب موافقة المحال عليه، في الواقع غيراً بالنسبة إلى العقد المتنازل عنه؛ وهذا المتنازل له، بسبب حجية التنازل تجاه المحال عليه فقط، بإمكانه مقاضاته[5]. ويمكن إذاً الشك في أن يكون للمتنازل له والمحال عليه مصلحة كافية ليقاضي أحدهما الآخر لفسخ العقد أو إبطاله، هذا العقد الذي لا يربطهما[6].

---

(1) إنه الانتقاد الوحيد الذي يوجهه السيد Aynès إلى النظرية الثنائية، (المرجع عينه، رقم 91، صفحة 73 وصفحة 74).

(2) هذا الرضا مطلوب في النصوص الأجنبية التي تنقل إوالية التنازل عن العقد. انظر، في نهاية الأمر المادة 159 ـ 1 من مدوّنة القانون المدني الهولندي الجديدة (مدوّنة القانون المدني الهولندي الجديدة ـ الحق الشخصي، ترجمة P.P.C. Haanappel et E. Mackaay، منشورات Kluwer، 1990) التي تنص على ما يلي: «ينقل أحد الفريقين في العقد، بمشاركة الفريق الآخر، علاقته القانونية مع الفريق الآخر إلى الغير، بموجب عقد مبرم بينه والغير».

(3) انظر في صدد نقاش معمق Ch. LARROUMET، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 108 وما يليه.

(4) انظر النقاش الذي قدمه Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 29 وما يليه.

(5) انظر الرقم 691 اللاحق.

(6) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 83، صفحة 70.

II ـ المفهوم الواحدي

683 ـ الرهان على النظرية الواحدية.

لا تتيح النظرية الثنائية أن يتحقق تنازل عن العقد في غياب رضا المحال عليه. وهي لا تجيز، على الأكثر، سوى حوالة حق أو دين غير قابلة للانقسام. غير أنه من النادر، بسبب لا قابلية نقل الحقوق الإرادية، أن يكون من الممكن الكلام، بحصر المعنى، على تنازل عن العقد.

وإذا شئنا قبول تنازل رسمي عن العقد خارج الفرضيات القانونية المختلفة، يمكن أن يبدو من الضروري وضع نظام يتيح تحرير المتنازل بدون موافقة المحال عليه ونقل مجموعة الحقوق الإرادية للمتنازل له. وهذا ما حاوله المتمسكون بالتحليل الواحدي للتنازل عن العقد. على أن تحليلهم، مهما كان مفيداً، ليس بمنجى من النقد.

أ ـ عرض النظرية الواحدية.

684 ـ فرضية السيد Aynès.

في حين أنه تعود إلى السيد Lapp ميزة أنه كان أول من عرض النظرية الثنائية للتنازل عن العقد[1]، تعود إلى السيد Aynès ميزة كونه بسط نظريته الواحدية[2]. كما ينبغي ان يستعاد، على الأقل بالنسبة إلى الوجود ذاته للتنازل عن العقد.

يبدأ المؤلف بالأخذ بأن تنازلاً كهذا لا يمكن تقليصه إلى مجرد جمع حوالة حق وحوالة دين، وليس موضوعه أتاحه نقل الحقوق والديون العقدية «عندما يكون تأمين استمرار العقد رغماً عن تغيير أحد الفريقين»[3]، إذ يفعل فعله في «أداة إنشائه، أي العقد ذاته» وليس في الموجب[4]. ومن الطبيعي جداً عند ذلك أن يظهر التنازل عن العقد كأداة خدمة القوة الملزمة للعقد: يتيح بقاءه رغماً عن زوال أحد الفريقين، في حين أن العقد، في غياب إوالية كهذه، يكون مفسوخاً بالضرورة[5].

---

(1) انظر الرقم 680 السابق.

(2) La cession de contrat et Les opérations juridiques à trois personnes، المرجع عينه .. Les clauses de circulation du contrat in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels P.U Aix-Marseille, 1990، صفحة 131 وما يليها. قارن بـ Ch. VILAR، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 209 وما يليها.

(3) المرجع عينه، رقم 3، صفحة 11.

(4) المرجع عينه، رقم 6، صفحة 15.

(5) بقبول ارتكاز التنازل عن العقد على فكرة «التنقل» الضروري للعقد، لا يفترق المؤلف عن السيد Lapp الذي سبق أن قدم تسويغاً كهذا (انظر الرقم 680 السابق). إن التقنية المستخدمة للوصول إلى ذلك هي المختلفة فقط: في حين أن الأول يهتم بدعامة الموجبات فإن هذه الموجبات هي التي يستهدفها الثاني.

وهذا التمسك، على الصعيد التقني، يتعذر تأمينه إلاّ بشرط مزدوج: أن يتعلق الأمر بالعقد نفسه (وليس برباط جديد) وأن لا يتعارض شخص المتعاقدين مع مبدإ التنازل.

ودوام السبب، في عرف المؤلف، هو الذي يتيح تأمين الحفاظ على العقد رغماً عن تغيير شخص أحد الفريقين[1]. ويشكل مفهوم السبب بالفعل «مبدأ وجود العقد (المادة 1113 من القانون المدني)»[2]: ما دام أن السبب باقٍ فإن العقد يستمر طالما أن السبب يشكل «أساس قوة العقد الملزمة»[3]. إن المؤلف، بشكل أوضح، يماثل مفهوم السبب بالهدف الذي توخاه الفريقان في تعاقدهما: شرط أن يبقى في خدمة هذا الهدف [تحقيق عملية اقتصادية معينة]، يستمر العقد حتى ولو اختلف أحد الفريقين[4].

وهذا التحليل غير ممكن إلاّ بشرط أن يتم، زيادة على ذلك أيضاً عما هو الأمر في النظرية الثنائية، قبول مبدأ وَضْعَنة العقد[5]، بإنقاص ضخم للحصة المنسوبة إلى إرادة الفريقين. ولهذه الحصة صفة مزدوجة. أولاً بسبب تفسير جديد للمادة 1122 من القانون المدني: فالمتنازل، بالتعاقد مع المحال عليه، «يُفترضْ أنه اشترط لصالح (. . .) خلفه»، أي المتنازل له في حين أن المحال عليه مرتبط بالمتنازل له لأنه بالتعاقد مع المحال عليه يُفترض، عكسياً، أنه تعاقد مع خلف المحال عليه[6]. وإذا كان هذا التحليل مبنياً على قرينة قانونية للارادة ويتيح للمؤلف تذليل العقبة التي يشكلها المفعول النسبي للعقد (إذ يفترض أنه تعاقد مع الآخر، والمتنازل له والمحال عليه هما متحدان برباط عقدي وبامكانهما «مباشرة» أن يقاضي أحدهما الآخر)، فإنه لا يتيح له أن يستنتج تحرير المتنازل. إن المؤلف يلجأ هنا إلى نموذج برهنة آخر بالتأكيد أولاً أنه «إذا تم قبول (. . .) أن التنازل عن العقد موضوعه استمرار العقد وليس استعادة الدين، تصبح مسألة تحرير المتنازل ثانوية»[7]، لكي يأخذ بعد ذلك، استناداً إلى أمثلة مأخوذة عن القانون الوضعي، بأن المتنازل لن يبقى ملزماً إلاّ بصفة «ضامن» للمستقبل[8].

إن فرضية السيد Aynès، إذ تتناول العقد في ذاته وليس الموجبات التي ينشئها، لها،

(1) المرجع عينه، الرقم 108 وما يليه.

(2) المرجع عينه، رقم 106، صفحة 83، ورقم 120، صفحة 91.

(3) المرجع عينه، رقم 113، صفحة 87.

(4) المرجع عينه، رقم 110 وما يليه. يعكس المؤلف هنا تحليل السيد Lapp (المرجع عينه، رقم 2، صفحة 9 وصفحة 10). حيث يسوغ المؤلف التنازل عن العقد بتغيير الهدف، يأخذ السيد Aynès بأن الذمة المالية لهذا الهدف هي التي تتيحه.

(5) L. AYNÈ، المرجع عينه، رقم 134، صفحة 103: «يمكن أن يستند إلى «حركة وضعنة للعقد» متحقق منها في مجالات أخرى أكثر من الاستناد إلى تقهقر مبدأ نسبية الاتفاقيات».

(6) المرجع عينه، رقم 201 وما يليه.

(7) المرجع عينه، رقم 133، صفحة 102.

(8) المرجع عينه، رقم 190 وما يليه.

وقد أيدها بعضهم[1]، وتجاهلها أو إلى حد ما عارضها آخرون[2]، تجاه النظرية الثنائية، حسنة تذليل الصعوبة التي أوجدتها لاقابلية نقل الحقوق الإرادية[3]، بتغليب العنصر المتعلق بالذمة المالية في العقد على العنصر الثاني الذي كونته إرادة المتعاقدين؛ مع أن تبني موقف جذري كهذا هو الذي يجعل الفرضية قابلة للنقد.

ب ـ نقد النظرية الواحدية.

685 ـ المسلمات التي ترتكز عليها النظرية الواحدية منازع فيها.

ينتظم ما هو أساسي في البرهان القانوني الذي بسطه السيد Aynès[4] حول مفهوم السبب ـ أي لأن هذا السبب محافظ عليه يمكن التنازل عن العقد ـ الذي يقلصه بالرجوع صراحة إلى تحاليل H. Capitant[5] وMaury[6]، إلى هدف يتابعه المتعاقدان، أي تحقيق عملية اقتصادية معينة.

إن تحليلاً كهذا يرتكز على مفهوم توسعي جداً للسبب الذي يصبح بالفعل «مبدأ وجود العقد»[7]، ويغدو الرضا الذي يشكل مع ذلك أحد الشروط «الجوهرية لصحة الاتفاقيات» (المادة 1108 من القانون المدني) مقلصاً إلى حد كبير باسم وضعنة للعقد مقلصة بحيث لا تمسي سوى مال ما أن يتكوّن العقد. والحال أنه يظهر أن الإرادة، والرضا ليس سوى تعبير عنها، تبقى المعيار الأساسي للعقد[8]، مما يفسر أن السبب أيضاً عاجز عن بلورته ما أن يتكون العقد. ويبدو، بالفعل، من الصعب الأخذ بأن السبب يقوم بتركيب عناصر موضوعية (عملية اقتصادية معينة. . .) وذاتية (. . . أرادها الفريقان) للعقد. فالسبب مفهوم وظيفي قبل كل شيء، فإذا دمج هذين العنصرين فلا يقوم بذلك جمعياً، مما يتيح الفعل الكلام على التركيب، وإنما مناوبةً تبعاً لما يتم السعي إلى معاقبته. فإذا تعلق الأمر بغياب السبب فالعنصر

---

(1) انظر G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية، رقم 348 وما يليه. وكذلك A. RIEG، الفهرس المدني 1987، V المتنازل عن العقد.

(2) H-L. J MAZEAUD, Obligation -théorie générale، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 1283، صفحة 1299 وما يليها ـ Ch. LARROUMET, Les obligations - Le contrat، الطبعة الثانية، ولاسيما رقم 780 وما يليه ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEGUETTE, Les obligations، الطبعة الخامسة، رقم 1212 وما يليه ـ A. SÉRIAUX, Droit des obligations، رقم 176، صفحة 585، وما يليها. وكذلك J. CARBONNIER, Les obligations، الطبعة السابعة عشرة، الفقرة 324.

(3) انظر الرقم 682 السابق.

(4) انظر الرقم 684 السابق.

(5) De la cause des obligations، الطبعة الثالثة، 1927.

(6) Essai sur le rôle de l'equivalence en droit civil français، أطروحة في تولوز، 1920.

(7) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 106، صفحة 83 ـ قارن بـ P. HÉBRAUD، المقالة المذكورة سابقاً، ولاسيما الصفحات 443 إلى 450.

(8) انظر J. GHESTIN, La notion de contrat in droits (12) Le contrat، المقالة المذكورة آنفاً، خاصة صفحة 13 وما يليها.

الموضوعي هو الذي يؤخذ في الحسبان: غياب المقابل الحقيقي[1]؛ وإذا تعلق الأمر بالسبب غير المشروع أو اللاأخلاقي، فالعنصر الذاتي هو الذي يقام له وزن: الدافع الحاسم للرضا[2]. واللجوء إلى مفهوم السبب خارج الوظيفتين المنوطتين به، لادعاء تحليل مختلف العناصر التي تشكل العقد، هو بالتالي منازع فيه. ونرى، كي لا نعتبر من مناهضي السبب، أنه ينبغي أن لا يستخدم مفهوم السبب بإفراط، بأن ننزع عنه هكذا كل صلابة وظيفية، ذلك بأن السبب، كما ذكّر بذلك Hébraud الذي أعلن Aynès أنه استوحى منه، «ليس، كالرضا والموضوع، ركناً طبيعياً (. . .) للعقد»[3].

ويلجأ السيد Aynès، لدحض انتقاد كهذا، إلى تفسير المادة 1122 من القانون المدني ليستنتج منها «ان التنازل عن العقد يجد [فيها] التعبير عن أساسه القانوني»[4]. فالمتنازل، بارتباطه بالمحال عليه، يفترض أنه تعاقد لصالح المتنازل له، في حين أن المحال عليه يفترض، عكسياً، أنه ارتبط بالمتنازل له. وهكذا تظهر الإرادة من جديد في شكل قرينة. غير أن الأمر يتعلق هنا بتفسير ليس بمنجى من المنازعة فيه للمادة 1122 من القانون المدني. وإذا كان من الممكن أن يتم «على مدى النظر مبادلة البراهين التي لا يحمل أيّ منها على الإقناع»[5] في ما يتعلق بتفسير تعبير «الخلف» (الكلي أو بصفة خاصة؟) فالأقل يقيناً أن التعبير «اشترط» يمكن أن يعني «تعاقد» لسبب بسيط أن واضعي مدوّنة قوانين نابوليون كانوا ينكرون إمكانية حوالة الدين لصالح خلف بصفة خاصة.

وبتعابير أخرى، بالنسبة إلى مبدأ لاقابلية نقل الديون، على الأقل في عام 1804، تقلص تفسير المادة 1122 إلى تخيير: إمّا أن التعبير «خلف» يتضمن كل من هو خلف بصفة خاصة وعندئذ لا يمكن فهم التعبير «اشترط» إلاّ بمعنى الإفادة من حق؛ وإمّا أنه يحوي كل من هو خلف كلي وعند ذلك يكون التعبير «اشترط» مرادفاً لتعاقد، طالما أنه يفترض في الخلف أنه استمرار لشخص السلف.

والأخذ بأن التعبير اشترط يعني «تعاقد» يؤدي إلى قبول مسبق بالتنازل عن العقد، والحال أن موضوع اللجوء إلى المادة 1122 هو بالضبط إجازة ذلك!

والتحليل المقترح، فضلاً عن ذلك، بوضعنة السبب إلى هذا الحد لتقليصه إلى «هدف»[6] يتوخى الفريقان تحقيقه، يقود إلى إمكانية الخلط بموضوع العقد المفهوم على أنه

---

(1) تكوين العقد، رقم 841 وما يليه.

(2) تكوين العقد، رقم 879 وما يليها.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 444.

(4) المرجع عينه، رقم 206، صفحة 151.

(5) J-L. GOUTAL,Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat، منشورات L.G.D.J، 1981، مقدمة H. BATIFFOL، رقم 21، صفحة 27.

(6) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 110، صفحة 85، يعود التعبير بصورة دائمة لتمييز السبب.

«تقديم يتدخل توافق الإرادتين في صدده وينتظم حوله اقتصاد العقد»[1].

لا يبدو إذاً أن المسلّمات التي ارتكزت عليها النظرية الواحدية للتنازل عن العقد بمنجى من المنازعة فيها. على أن النتائج التي تولدها هي الأكثر قابلية للنقد.

686 ـ النتائج التي تولدها النظرية الواحدية قابلة للنقد.

إن أمهات العقبات التي تصطدم بها النظرية الثنائية للتنازل عن العقد لها سمة استحالة تحرير المتنازل بدون رضا المحال عليه[2]. وحجر العثرة هذا لا يستطيع المتمسكون بالنظرية الواحدية التخلص منه.

إلاّ أن السيد Aynès، لمحاولة ذلك، استخدم رهاناً مزدوجاً. فبعد أن أخذ بأنه «إذا تم قبول (. . .) ان التنازل عن العقد موضوعه استمرار العقد وليس استعادة الدين، فإن مسألة تحرير المتنازل تغدو ثانوية»[3]، بيّن المؤلف، إذ يستند إلى أمثلة مختلفة للتنازلات الثانوية، ان المتنازل لم يعد، في أي حال من الأحوال، «المدين الأصلي» بالديون الناشئة بعد العقد؛ إنه على الأكثر ملزم بصفة «ضامن»[4].

إن التفسير غير مقنع، ذلك بأنه يدعي الإجابة على المسألة ببيان أنها نادراً ما يكون لها معنى. والحال، إذا كان من الممكن شرعاً الأخذ بأن بقاء العقد يشكل الهدف الأساسي للتنازل، فإن عملية كهذه، لكي يمكن وصفها على هذا النحو، تستدعي تغيير أحد الفريقين في علاقة الموجب: «التنازل عن العقد للغير يعني إضفاء صفة الفريق على هذا الغير لتغطية صفة الغير[5]، وإلاّ لن يكون ثمة نقل قد تحقق وإنما ضم احتمالي لمتعاقد في علاقة موجب موجود سابقاً؛ وإذا كان المتنازل له، في النهاية، هو الذي يتحمل عبء الدين تجاه المحال عليه بسبب الاتفاقية المبرمة مع المتنازل، فيمكن على الأكثر الكلام على تنازل جمعي عن

---

(1) RIPERT et BOULANGER, Traité de droit civil، 1957، الجزء II، رقم 241، صفحة 99. قارن بـ H-L.J. MAZEAUD، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 231، صفحة 224 وما يليها ـ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الخامسة، رقم 258، صفحة 207.

(2) انظر الرقم 681 السابق.

(3) المرجع عينه، رقم 133، صفحة 102.

(4) المرجع عينه، رقم 190 وما يليه.

(5) يؤكد السيد Aynès نفسه غير مرة ذلك؛ انظر على سبيل المثال المرجع عينه، رقم 109، صفحة 84: «موضوع التنازل عن العقد تغير أحد الفريقين بالنسبة إلى هذه العلاقة (العقدية) بدون التأثير في الفعالية وبدون تعديل ذاتيته». ويرتكز معيار التفريق بين التنازل عن العقد والعقد من الباطن الذي يقدمه المؤلف، أكثر من ذلك (المرجع عينه، رقم 137 وما يليه) على الفكرة في أن التنازل عن العقد يستوجب إرادة المتنازل في «مغادرة المسرح العقدي» في حين أن العقد من الباطن «ليس هدفه ولا مفعوله نقل صفة المتعاقد المستمدة من التنازل عن العقد إلى الغير». وإذا كان المؤلف، للحاجة إلى الاستدلال، يأخذ بعد ذلك بأن موضوع التنازل تحرير المتنازل، فإن هذا المتنازل لا يترك في الحقيقة هذا الرباط العقدي ويفقد معيار التمييز بين التنازل والعقد من الباطن، وهو ذو طبيعة نفسانية صرف، وضوحه إن لم يفقد أيضاً صلته الوثيقة بالموضوع.

مفاعيل العقد[1] وليس عن العقد ذاته. وفي هذه النقطة لا تأتي النظرية الواحدية بشيء للنظرية الثنائية[2].

ولا شك في أن المؤلف يستند إلى سلطان الاجتهاد للأخذ بأن المتنازل غالباً ما لا يكون ملزماً إلاّ بصفة ضامن (مما لا يحرره إضافة إلى ذلك). بيد أن الأمثلة المختارة مستمدة من التنازل عن العقود الذي ينظمه القانون. والحال أن اللجوء إلى الاستدلال عن طريق الاستقراء ـ الاستنتاج، لتوسيع الحلول المعتمدة في هذه الفرضيات المختلفة إلى التنازل الاتفاقي، يبدو هشاً هنا. وبالفعل من الممكن أيضاً البرهنة على أن وجود استثناءات قانونية هو الذي يشكل حتى البرهنة على انعدام مبدإ عام. يضاف إلى ذلك أن كون المتنازل، في هذه الأوضاع، غير ملزم إلا بصفة «ضامن» قابل للتفسير (في حال عدم تسويغه) إذا أردنا قبول تواتر اللجوء إلى براهين تقليص في القانون عبثياً[3]: يمكن بالفعل أن يبدو من غير المنطقي أن ينظم القانون استبدال المتعاقد أو التنازل عن العقد بدون إحداث أقل مفعول في شخص المتنازل. وجعل هذا المتنازل مجرد ضامن يحفظ مصالح المحال عليه مع تسويغ منفعة نص خاص. بيد أن هذا الحل لا يستقيم إلاّ بوجود نص. وينبغي، في غياب نص خاص، رفض تبنيه: إن المادة 1134 من القانون المدني واضحة بالفعل بصورة خاصة بحيث أنها لا تمنع المتعاقد (المتنازل)، في غياب شريكه في التعاقد (المحال عليه)، من أن يتمكن من تلطيف مدى موجباته[4].

III ـ الحل المقترح

687 ـ ينبغي أن يوفق التنازل الاتفاقي عن العقد بين المفهومين الذاتي والموضوعي للعقد.

يتمسك المدافعون عن قبول المبدإ ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد بملاءمته استناداً إلى واقع أن إوالية كهذه تتيح وحدها تجنب فسخ العقد الذي لم يستنفد منفعته الاقتصادية، رغماً عن إرادة أحد الفريقين في عدم متابعة تنفيذ العقد أو عن استحالة متابعة التنفيذ. ويرتكز تأكيد كهذا على مفهوم موضوعي للعقد، على الأقل جزئياً: يمكن أن يبقى هذا العقد رغماً عن انسحاب أحد الفريقين الذي شارك في تكوينه[5]. وهذا المفهوم الذي يغلّب مبدأ المنفعة الإجتماعية للعقد على إرادة من كانوا فيه في الأصل يقبله المتمسكون بتحاليل واحدية وثنائية

---

(1) إسناداً إلى مفهوم التنازل الجمعي للديون الذي أبرزه E. Gaudemet (الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 9 وصفحة 10) لتمييز نقل الديون وفيه يكتسب الدائن دعوى جديدة (ضد مدين جديد)، بدون أن يفقد دعواه الأصلية (ضد المدين الأصلي).

(2) يتعذر الشك عندئذ حسب التعابير الخاصة للسيد Aynès (المرجع عينه، رقم 7، صفحة 15) في «منفعته».

(3) انظر حول براهين كهذه Ch. PERELMAN, Logique juridique - Novelle réthorique، الطبعة الثانية، رقم 33، صفحة 58، VIII. انظر في صدد مثال آخر الرقم 724 السابق.

(4) انظر الرقم 689 السابق.

(5) عند قبول مفهوم موضوعي للعقد لا يبدو اللجوء إلى مفهوم السبب، للأخذ بأن العقد يستمر رغماً عن تغيير أحد فرقاء تكوينه، ان وظيفته ليست سوى إدخال هذه الإوالية في التنظيم الإيجابي.

للتنازل عن العقد[1] ويرتكز على تيار فقهي مؤكد اليوم يرى في العقد رباطاً بين عدة أشخاص وقيمة متعلقة بالذمة المالية[2].

وقد اعتقد السيد Sériaux، حديثاً، أن بإمكانه إنكار هذا الطابع المختلط للعقد للأخذ بأن «الرباط العقدي المنظور إليه بحد ذاته يتعذر التنازل عنه لأنه ليس رباطاً وإنما هو مال: إنه علاقة بين شخصين أو عدة أشخاص»[3]. ويفضل المؤلف على التنازل «استبدال شخص بآخر في روابط العقد»[4]. غير أن انسحاب أحد الأشخاص إذا كان العقد يشكل بالفعل هذا الرباط بين شخصين على الأقل، يلغيه، وتعبير «استبدال» متعاقد بآخر في رباط موجود سابقاً ليس إذاً أكثر ملاءمة، ذلك بأنه ليس ثمة إنشاء رباط عقدي جديد بالضرورة: لا يمكن إشغال مكان شخص في علاقة غير موجودة بسبب انسحاب هذا الشخص ذاته.

وتنشأ الصعوبة كلها، في البحث عن حل، عن الواقع في أنه يقتضي بالضرورة التقدير بين هذين المظهرين للعقد وأحدهما لا يبدو من الممكن التضحية به بمضرّة الآخر.

ويبدو، في هذا المقصد، من الملائم الانطلاق من الموقف الأخير للفقه والبحث عما إذا كان المفهوم الثنائي للتنازل عن العقد يمكن أن يكون مقبولاً، لسبب أساسه القانوني ونتائجه العملية. وتقودنا هذه المحاولة إلى التحقق من أن هذه النظرية في تمانع جذرياً مع الدور الذي تقوم به الإرادة في العقد كإجراء خلق مفاعيل قانونية، مما يجبر عندئذ، بدون أن تكون العودة إلى المفهوم الثنائي ممكنة، على رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

أ ـ رد المفهوم الواحدي للتنازل عن العقد.

688 ـ الحسنات المتمثلة في المفهوم الواحدي للتنازل عن العقد.

يتيح المفهوم الموضوعي للعقد (العقد المنظور إليه كمالٍ) قبول أن التنازل يمكن لا يتناول الموجبات المنبثقة عنه وإنما يتناول العقد ذاته، وهو أداة إنشاء هذه الموجبات[5]. ويؤدي تحليل كهذا إلى ثلاث نتائج.

إنه يجيز أولاً عدم تقليص التنازل عن العقد إلى النقل غير الصحيح وغير القابل للانقسام للديون (عليه) وللديون (له) وإدخال الحقوق الإرادية فيه بديهياً مما يذلل إحدى العقبات الرئيسية التي تصطدم بها النظرية الثنائية[6].

---

(1) انظر الرقمين 680 و684 السابقين.

(2) انظر A. WEILL, La relativité des conventions en droit privé français، موسوعة Dalloz، 1939، مقدمة M. NAST، رقم 238، صفحة 416 وما يليها.

(3) Droit des obligations، رقم 176، صفحة 585.

(4) المرجع عينه.

(5) انظر في هذا الاتجاه L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 6، صفحة 15.

(6) انظر الرقم 682 السابق.

وعدم تحديد التنازل عن العقد بحوالة مزدوجة للحق والدين يجب، فضلاً عن ذلك، أن يسمح بعدم إخضاع حجية التنازل تجاه المحال عليه للمعاملات المبينة في المادة 1690 من القانون المدني[1].

إن تحليلاً كهذا يمكن أن يرتكز على حركة اجتهادية برزت في مادة اندماج الشركات. فمحكمة النقض ترفض بالفعل تطبيق المادة 1690 على هذا الاندماج، إذ تأتي الشركة الممتصة ايجابياو «سلبياً وبسرعة» لتأخذ مكان الشركة التي جرى امتصاصها»[2]. والتنازل عن العقد، كما الاندماج، يحقق نقل كليٍ دفعة واحدة مما يتيح له أن يتجنب صلابة شكلية المادة 1690.

ويتيح المفهوم الموضوعي للعقد أخيراً قبول صحة عقد التنازل الجاري بين المتنازل والمتنازل له حتى في غياب موافقة المحال عليه: بإمكان المتنازل بحرية التصرف بمال ينفصل عن شخص المتعاقدين.

689 ـ تحظر المادة 1134 من القانون المدني أن يكون المتنازل محرراً من موجباته تجاه المحال عليه.

إن مفهوماً موضوعياً بحتاً للعقد يجب أن يتيح تحرير المتنازل الذي، ما أن يجري التنازل عن «ماله»، يقتضي أن لا يكون مرتبطاً به. غير أن ذلك يعني دفع هذا التحليل بعيداً جداً فيصطدم بالمادة 1134 من القانون المدني. فهذه المادة التي تنص على أن «الإتفاقيات المكوّنة شرعاً تقوم مقام القانون تجاه من أبرموها» تؤكد بالفعل مفهوماً ذاتياً لقوة العقد الملزمة التي تؤدي إلى نتيجتين.

بإمكان المحال عليه، من جهة أولى، الاستمرار في الإفادة من العقد تجاه المتنازل، وبالفعل لا تجيز المادة 1134 على الإطلاق قبول إمكانية هذه المتنازل في التحرر من موجباته بمفعول عقد التنازل وحده المبرم مع المتنازل له. يتعذر إذاً الكلام إلاّ على تنازل داخلي وغير تام عن عبء العقد: إذا بقي المتنازل ملزماً تجاه المحال عليه فلن يتحمل المتنازل له العبء النهائي بسبب عقد التنازل ذاته.

غير أن ذلك ليس الحل الذي اعتمده حكم حديث وإنما بعيد عن الفرضية الخاصة

---

(1) إن ذلك ليس الحل الذي اعتمده الاجتهاد، انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، رقم 111، صفحة 73 ـ P. RAYNAUD، المرجع عينه، صفحة 174، وصفحة 175 ـ Ph. MALAURIE، المرجع عينه، صفحة 95 وما يليها ـ A. RIEG، فهرس القانون المدني، V التنازل عن العقد (1987) رقم 36 والإسنادات المستشهد بها.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 آذار 1972، النشرة المدنية، I، رقم 71، صفحة 65؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1972، II، 17270، ملاحظة Y. GUYON. D.1972، صفحة 545. وكذلك J. BERTREL et M. JEANTIN, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales، الطبعة الثانية، رقم 778 وما يليه.

للتنازل عن إيجار تجاري[1]. وكان المالك المحال عليه قد قاضى لدفع بدلات الإيجار المستحقة لاحقاً للتنازل، المستأجر المتنازل. وقد رفض قضاة الأساس طلبه مع أنه لم يقبل التنازل الذي تم إبلاغه إياه فقط، فتقدم المالك بطعن ردّته محكمة النقض التي، إذ أخذت بأن «الإيجار لم يكن يحوي بند تضامن بين المتنازل والمتنازل له في شأن دفع بدلات الإيجار المستحقة لاحقاً للتنازل، وهذا الحكم الذي خالف اجتهاداً قائماً[2] أثار الدهشة[3] لأنه يتعارض مع نص المادة 1134. وليس من المستحيل الأخذ بأنه يفسَّر بخاصية قانون الإيجارات التجارية. وبالفعل تعلن المادة 35 ـ 1 من مرسوم 30 أيلول 1953 البنود التي تنزع إلى منع المالك التنازل عن إيجاره باطلة؛ والأخذ بأن المتنازل لا يتحرر بفعل التنازل يعني إلغاء مدى هذا النص: لم يقم المستأجر بالتنازل عن عقده وإنما ضم مديناً وحسب.

وأكثر من ذلك تحظر المادة 1134 هذه أن لا يعود المتنازل ملزماً إلاّ بصفة «ضامن» المتنازل له الذي يغدو ملزماً بصفة أصلية بالديون اللاحقة للتنازل: إذا كان العقد شريعة المتعاقدين فإن التنازل لا يجيز بالتأكيد للمتنازل إلاّ تخفيف مدى تعهداته تجاه المحال عليه بدون موافقة هذا الأخير.

إن الفقه منقسم حول هذه النقطة[4] والاجتهاد لا يقدّم إلا القليل من البيانات خارج فرضيات التنازلات القانونية[5]. وإذا جرى قبول أن المتنازل يبقى ملزماً فينبغي عندئذ التحديد

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 125، صفحة 69؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1989، صفحة 217، ملاحظة M. PÉDAMON.

(2) النقض المدني، 20 تموز 1920، S.1921، 1، 79 ـ النقض المدني، 7 كانون الثاني 1947، مصنف الاجتهادات الدوري، 1947، II، 3510، ملاحظة J. BECQUÉ ـ حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1956، مجلة قصر العدل، 1957، I، 120؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1957، صفحة 357، ملاحظة J. CARBONNIER ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 19 أيار 1971، النشرة المدنية، III، رقم 324، صفحة 231.

(3) انظر B. PETIT، ملاحظة على حكم محكمة استئناف باريس، أول آذار 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، II، 21559، رقم 4.

(4) انظر لصالح صفة الضامن، L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 190 وما يليه ـ G. MARTY et P. RAYNAUD, Les obligations، الجزء I، المصادر، الطبعة الثانية رقم 253، صفحة 365 ـ A. RIEG، الفهرس المدني، V التنازل عن العقد (1987)، رقم 55. وعلى نقيض ذلك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 127 وما يليه، ولاسيما صفحة 298: «ما دام أن المحال عليه لم ينضم إلى التنازل يبقى المتنازل ملزماً تجاهه بالطريقة عينها تماماً كما لو أن التنازل لم يحصل؛ ولا يمكن إبعاده إلى صف المدين الثانوي بدون رضا المحال عليه تطبيقاً للمبدإ الذي يقضي بأنه لا يمكن تعديل حقوق دائن تجاه مدينه بدون تدخله» ـ Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 43، صفحة 83 ـ Ph. MALAURIE، المرجع عينه، صفحة 235.

(5) انظر حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1957، D. 1958، صفحة 115، تعليق R. DESIRY؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1958، II، 10385، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، صفحة 268، ملاحظة J. CARBOONNIER، الذي يبين في مادة الإيجار أن المقايض المتنازل لا يبقى ملزماً «بموجباته الأصلية الناجمة عن الإيجار» إلاّ بصفة كفيل». أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف =

بأيّ صفة. ولا يبدو أنه من الممكن أن يكون ملزماً بالتضامن عندما يتراكب رباطان قانونيان أحدهما مستقل عن الآخر: الرباط الذي يجمع المتنازل بالمحال عليه والرباط الذي يوحّد هذا المحال عليه بالمتنازل له[1]. فالفقه الأغلبي إذاً تكلم، إذا صح القول، وبسبب الصمت، على صفة المحال عليه «كضامن». بيد أنه يجب التوافق حول مدى التعبير: إن المتفرغ الذي بقي ملزماً تجاه المحال عليه سنداً للمادة 1134 ينبغي أن يُعتبر في علاقاتهما كمدين واحد؛ وإذا كان المحال عليه لم ينتفع من العقد تجاهه فبإمكانه أن يحتج في وجهه بالدفوع ووسائل الدفاع المنبثقة عن العقد وبهذه الدفوع والوسائل وحسب، حتى ولو كانت قد نشأت بعد التنازل، فيكون المتفرغ عندئذ بالتأكيد ضامن المتنازل له إذا كان المحال عليه قد قاضى أولاً المتنازل له، بيد أن ذلك لا يغيّر على الإطلاق مدى تعهده تجاهه.

وعلى المحال عليه، أمام صلابة المبادىء، أن يبقى، من جهة ثانية، ملزماً بموجباته تجاه المتنازل. إلا أن هذا المتنازل، بنقل عقده إلى الغير، جرّد نفسه على الأقل من حقه في الإفادة من العقد تجاه المحال عليه[2]. ولن يكون بإمكانه بالفعل في الوقت عينه أن يتنازل عن عقده وأن يستمر بالإفادة منه. والأمر يتعلق هنا بتطبيق مبدأ الحجية[3]: لن تنتج عن عقد التنازل المفاعيل كافة بين الفريقين إذا كان لا يزال بإمكان المتنازل المطالبة بالإفادة من العقد المتنازل عنه تجاه شريكه الأصلي في التعاقد.

690 ـ عندما تفرض المادة 1134 من القانون المدني أن يبقى المتنازل ملزماً تجاه المحال عليه رغماً عن إبرام عقد التنازل لا يمكن أن تنتج النظرية الواحدية للتنازل عن العقد مفاعيلها جميعاً. وبتعبير آخر لا يتيح المفهوم الذاتي للقوة الملزمة التي أكّدها القانون الوضعي بلا لبس، بمنع تحرير المتنازل، للتنازل عن العقد أن يعمل، إذا كان من الواجب أن يكون موضوعه أو على الأقل مفعوله استبدال أحد الفريقين بفريق آخر في علاقة عقدية.

فليست النظرية الواحدية كما النظرية الثنائية مرضيتين إذاً حول هذه النقطة[4]. إن الأمر يتعلق هنا بالعنصر الأول من تحليل يجب أن يوصل إلى رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

= باريس، أول آذار 1990، المذكور سابقاً، اللذي حكم بأن «التعهد الصادر عن [المتنازل] في الإيجار بأن «يبقى ضامناً ومسؤولاً بالتضامن عن دفع بدلات الإيجار» لا يمكن تحليله بأنه كفالة».

(1) Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 127 ولاسيما الصفحات 299 إلى 301.

(2) انظر PLANIOL et RIPERT، المرجع عينه، الجزء X، تأليف B. PERREAU، رقم 557، صفحة 690 وصفحة 691. انظر في الاتجاه عينه النقض المدني، 21 حزيران 1919، S.1920، 1، 72.

(3) انظر الرقم 371 السابق وما يليه.

(4) انظر الرقم 680 السابق وما يليه.

ب ـ رد المفهوم ذاته للتنازل الاتفاقي عن العقد.

691 ـ لا يتيح الدور الذي تقوم به الإرادة في تكوين العقد قبول التنازل الاتفاقي عنه.

ينبغي أن يُنظر إلى التنازل عن العقد، الذي يتم تحليله حتى اليوم في العلاقات بين المتنازل والمحال عليه، في العلاقات بين المحال عليه والمتنازل له.

إن مبدأ الحجية، المنضم إلى المفهوم الذاتي لقوة العقد الملزمة، يسوّغ أولاً الاستحالة بالنسبة إلى المتنازل له في أن يستفيد من العقد المنقول تجاه المحال عليه في غياب موافقته. وبالفعل تحظر المادة 1134 من القانون المدني على المتنازل أن يتحرر وحده من العقد الذي يربطه بالمحال عليه الذي بإمكانه دائماً الإفادة منه تجاهه[1]. فعقد التنازل لا يتيح له إذاً أن ينقل إلى الغير صفته كفُريق طالما أنه يبقى هو نفسه فريقاً في العقد المتنازل عنه؛ إن الأمر يتعلق هنا بالحد الذاتي لقابلية التنازل عن العقد. وبتعبير آخر إن السماح للمتنازل له بالإفادة من صفة فريق في العقد المتنازل عنه تجاه المتعاقد المحال عليه مستحيل، طالما أن المتنازل المحتفظ بهذه الصفة لم يتمكن من نقلها؛ إن حلاً كهذا يوصل بالفعل إلى إعطاء المتنازل له حقوقاً أكثر من التي يمكن أن يعطيه إياها عقد التنازل ويصطدم بمبدأ الحجية: لا يؤمن هذا المبدأ سوى الفعالية التامة للعقد بين الفريقين وتجاه الغير[2]، ولا يتيح إعطاءهما حقوقاً على الغير أكثر من الحقوق التي يمكن أن يحصلا عليها بفعل العقد.

وبالمقابل، إذا قبل المحال عليه أن يستفيد المتنازل له من العقد المتنازل عنه تجاهه، يمكن أيضاً افتراض أن المحال عليه قبل التنازل عن العقد الذي أبرمه المتنازل له مع المتنازل؛ وفي هذه الفرضية يعطي المحال عليه موافقته لكي يصبح المتنازل له شريكه في التعاقد. ولا يعود بالتالي من الممكن الكلام على تنازل عن العقد: يولد تبادل الرضا عقداً جديداً يتكوّن بين المحال عليه والمتنازل له وخاصياته مماثلة تماماً للعقد المتنازل عنه. وبالفعل يقبل المتنازل له، بإبرام عقد التنازل، أن يكون المحال عليه شريكه في التعاقد. ويقبل المحال عليه، بقبوله استفادة المتنازل له من العقد المتنازل عنه تجاهه، هذا التغيير في شخص شريكه في التعاقد ونعود عندئذ إلى الوضع التقليدي لإيجاب (من قبل المتنازل له) وقبول (من قبل المحال عليه) وتلاقيهما، على اعتبار أن توافق الإرادتين هو معيار العقد (كل موجب ينشأ عن اتفاق كهذا هو عقدي)[3]، يشكل اتفاقية جديدة موضوعها وسببها معروفان من كل من الفريقين طالما أنهما مماثلان لموضوع العقد المتنازل عنه وسببه.

---

(1) انظر الرقم 689 السابق.

(2) انظر الرقم 377 السابق وما يليه.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 239.

إنه الوضع نفسه الذي نجده إذا كان المتعاقد المحال عليه، عكسياً، يستفيد من العقد المتنازل عنه تجاه المتنازل له.

ومبدأ الحجية يسمح له بذلك. وبالفعل يجب أن يؤمن هذا المبدأ فعالية العقد التامة بين الفريقين[1]. ولن ينتج عن عقد التنازل الحاصل بين المحال عليه والمتنازل له مفاعيله التامة بينهما إذا كان يتعذر على المحال عليه الإفادة من العقد الذي يشكل موضوعه تجاه المتنازل له[2]. ومبدأ الحجية، بتعبير آخر، يستدعي أن تكون لدى المحال عليه إمكانية مقاضاة المتنازل له. ولكن، عندما يستعمل هذه الإمكانية، ألا يبرم معه عقداً جديداً موضوعه وسببه مماثلان للعقد المتنازل عنه؟ ثمة هنا أحد أمرين. إمّا اعتبار أن إفادة المتعاقد المحال عليه من العقد المتنازل عنه تجاه المتنازل له لا تستوجب أن يكون قد أراد الموافقة على التنازل عن العقد عندما لا تعبر دعواه عن رضا محافظ على المعنى نفسه في مختلف أشكاله[3]. ويتعذر بالتالي الكلام على تنازل عن العقد، طالما أن المحال عليه لا يكتسب صفة فريق متعاقد مع المتنازل له، وإمّا أن يكون المحال عليه، باستفادته من العقد تجاه المتنازل له، موافقاً على التنازل عن العقد. بيد أنه بإبداء إرادته بأن يصبح المتنازل له شريكه في التعاقد، يكوّن معه بالضرورة عقداً جديداً متميزاً عن العقد المتنازل عنه، مع أن خصائصهما متماثلة. إن حلاً كهذا يفرض نفسه، إلاّ أن ننفي عن الإرادة دور المعيار في تكوين العقد.

صعوبتان لهما طابع نظري يمكن تذليلهما بسهولة. فالتحليل، من جهة أولى، يجب أن لا يتغير حتى ولو أعطى المحال عليه موافقته على تنازل محتمل عن العقد في آونة إبرام عقده مع المتنازل: يتعلق الأمر برضا مسبق معطى لتكوين عقد جديد مع المتنازل له المحتمل. والعقد الجديد، من جهة ثانية، المبرم بين المحال عليه والمتنازل له، يؤدي إلى انقضاء العقد الذي كان موضوع التنازل لغياب السبب. ولا يعود بإمكان المتنازل، لأنه أبرم عقد التنازل، الإفادة من العقد المتنازل عنه تجاه المتعاقد المحال عليه. والحق الذي يحتفظ به هذا الأخير في الإفادة من العقد تجاه المتنازل هو بالتالي مجرد من أي مقابل حقيقي. إن معياراً كهذا هو الذي يتيح للاجتهاد، حتى في آونة تنفيذ العقد، الأخذ بغياب سبب العقد.

وقد صدر، من جهة ثانية، حكم عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، في 14 كانون الأول 1982 أورد أن «التنازل عن عقد ملزم للطرفين يتيح للمحال عليه أن يلاحق مباشرة المتنازل له الملزم تجاهه استناداً إلى العقد المنقول»[4]، ولا يتعارض ذلك مع التحليل المقدم.

---

(1) انظر الرقم 371 السابق.

(2) قارن بـ Ch. LAPP، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 40 وما يليه، الذي يتمسك بمبدإ الحجية لتفسير دعوى المحال عليه ضد المتنازل له.

(3) انظر في شأن ضرورة قبول مجرد من اللبس لكي يكون العقد قد تكوّن، تكوين العقد، رقم 118 وما يليه. وكذلك A. SÉRIAUX، المرجع عينه، رقم 13، صفحة 46 والتعليق 64.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة محكمة النقض، 14 كانون الأول 1982 المذكور سابقاً.

إن مداه ينبغي، في أول الأمر، أن يتحدد بسبب خاصيات وقائع القضية التي لم تكن تسوّغ الحل المعتمد. وبالفعل سبق أن تنازل حائز وعد ببيع قطعة أرض (متنازل عنها) عن حقوقه لشركة تعهدت بأن تدفع له مبلغ 280000 فرنك في حال استعمال الخيار للتعويض عن الأشغال التي قام بها في قطعة الأرض هذه. وكانت الشركة (المتنازلة) قد تنازلت بدورها عن الإفادة من الوعد لشركة أخرى (متنازل لها) أصبحت في النهاية مالكة قطعة الأرض هذه فقاضى المُحال عليه لدفع مبلغ 280000 فرنك مباشرة هذه الشركة. بيد أن هذا المبلغ لم يكن مقابل عقد الوعد وإنما مقابل أشغال نفذها المحال عليه الذي تعهد، في عقد متميز بالضرورة، بأن يدفع للمتنازل. وبالتالي كان بإمكان الحكم أن يبيّن أن المتنازل «تنازل لشركة Acofra (المتنازل لها) عن مجموعة الحقوق والموجبات الناشئة عن العقد»، إذ لم يولد عقد الوعد المتنازل عنه هذا الموجب بدفع 280000 فرنك[1]، استناداً إلى العقد المنقول»، أي عقد الوعد.

والحكم، خارج هذا التعبير غير الملائم، لا يصطدم بتحليلنا: إن التنازل عن العقد يعطي تماماً المحال عليه إمكانية مقاضاة المتنازل له، غير أنه، إذا كانت هذه الدعوى تعبر عن إرادة المحال عليه في قبول المتنازل له متعاقداً جديداً، فإن هذا المتنازل له ملزم استناداً إلى العقد الجديد الذي يربطه بالمحال عليه والذي له خصائص العقد المتنازل ذاتها، وليس استناداً إلى العقد «المنقول».

692 ـ ليس للتنازل الاتفاقي عن العقد سوى مفاعيل محددة.

يبدو، في النهاية، أن التنازل الاتفاقي عن العقد، كما هو مستمد من النظرية الواحدية الواجبة التنسيق مع مفهوم ذاتي بالضرورة للعقد (عدا نفي أي دور للإرادة)، لا يقدم سوى منافع قليلة. إنه يتيح، من جهة أولى، للمحال عليه الإفادة من العقد الذي أبرمه مع المتنازل تجاه المتنازل له (وإنما في فرضية يستفيد فيها فعلياً منه فيتكوّن عندئذ عقد جديد بينه والمتنازل له)، ومن جهة ثانية على المحال عليه التحرر من عبء العقد الملقى على المتنازل له في العلاقات الداخلية التي تربطه به وحدها.

كما ينبغي حصر مجال التنازل. وبالفعل يجري التعليم بالإجماع أن العقد المبرم بالنظر

---

(1) يضيف السيد Aynès إلى هذا الانتقاد الأول في تعليقه على الحكم (المذكور سابقاً B-II) انتقاداً ثانياً بيان أن المتنازل له لم يكن بإمكانه في أي حال الإفادة من العقد المدعى التنازل عنه ضد المتعاقد المحال عليه وإنما ضد الواعد وحسب، مما يتناقض مع إوالية التنازل عن العقد الذي يستوجب «أن ينتظر المتنازل له إرضاءه بعقد أو امتناع المحال عليه». ويفسر المؤلف هذا الشذوذ بسبب «التمانع الجذري بين التنازل عن العقد والعقود الناقلة» [كالوعد بالبيع]. إن التفسير غير مقنع ذلك بأنه كان يمكن أن يكون هو ذاته إذا تعلق الأمر بعقد تنفيذ متعاقب. ولو كانت العقود المعنية مثلاً عقود تقديم المهارة (لا تحوي بند بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه) لكان الحل هو ذاته: لم يكن المتنازل له ليطلب إلى المحال عليه تنفيذ عقد تقديم المهارة (المستفيد الأول من تقديم المهارة) وإنما إلى مقدم المهارة وحده.

إلى شخص المتعاقد معه لا يمكن أن يخضع له[1]، على الأقل عندما يختلط هذا الشخص المتعاقد معه مع موضوع العقد[2]. إن اعتبار الشخص يهيمن هنا إلى درجة الاختلاط بماهية الموجب ذاتها؛ فمن غير الممكن إذاً «تشييء العقد (أي جعله شيئاً) مما يحظر التنازل عنه. وبالمقابل يظهر التنازل عن العقد ممكناً ما دام أن اعتبار الشخص خارجي عن الموضوع ذاته للعقد[3]. وقد قبلت محكمة النقض ذلك وإنما بشرط صريح بأن يوافق المحال عليه[4].

ومن المناسب مماثلة العقد المبرم بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، على الأقل في مفاعيله، بالعقد الذي يكون مصدر لاقابلية التنازل عنه اتفاقياً أو قانونياً[5].

غير أن ما هو أقل تأكيداً أن التنازل عن العقد يجب أن يحتفظ به للعقود المتعاقبة وحدها. إن تحليلاً كهذا يرتكز بالفعل على الفكرة في أن العقد الذي استنفد موضوعه الأصلي في برهة من الزمن لا يمكن التنازل عنه لأن مما هو غير قابل للإدراك أن يتابع الغير الهدف الذي كان هدف المتنازل الذي سبق أن تحقق[6]. وإذا كان صحيحاً أن التنازل في هذه الحالة يفقد منفعته الاجتماعية فإن ذلك قابل للفهم[7]. إن قبول نوع من الوضعنة للعقد هو الذي يتيح بالفعل التنازل عنه. ولذلك يكون اللجوء إلى إرادة أحد الفريقين في العقد المتنازل عنه لتحديد مداه تناقضياً: إذا كان العقد، جزئياً، مالاً ما، يمكن التنازل عنه بالاستقلال عن الهدف الذي تعاقد هذا الفريق من أجله. ومنذ اللحظة الذي ما زال ينتج فيها مفاعيله بعد إبرامه يحتفظ بقيمة ذمية مالية ويمكن عندئذ أن يكون موضوع تنازل. وفرضية العقود المتعاقبة التنفيذ ليست معزولة إذن؛ يمكن أن يتم التنازل حتى بالنسبة إلى عقد تنفيذ فوري ما دام أن هذا التنفيذ قد تأخر بفعل شرط معلق أو أجل موقف.

693 ـ لا يمكن قبول التنازل الاتفاقي عن العقد.

عندما ينتج التنازل الاتفاقي مفاعيل كهذه يمكن شرعاً التساؤل عن إمكانية الكلام على «تنازل» عن العقد: التنازل داخلياً عن عبء الموجب الذي ينشئه العقد ليس التنازل عن العقد؛ إنه على الأكثر حوالة الدين المنبثقة عنه. وما دام أن المحال عليه لم يعط موافقته فإن

---

(1) انظر G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، رقم 350، صفحة 399 ـ Ph. MALAURIE، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 1011.

(2) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 334 وما يليه.

(3) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه رقم 345 وما يليه.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الثاني 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G, I. 3591؛ رقم 17 وما يليه، ملاحظة Ch. JAMIN، النشرة المدنية، IV، رقم 3 صفحة 3؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1992، صفحة 762، ملاحظة J. MESTRE. بيد أنه يمكن، في هذه الحالة، التساؤل عما إذا كان ينبغي أيضاً الكلام على التنازل: الرضا الذي أعطاه المحال عليه يبدو أنه يجب أن يولد عقداً جديداً نصوصه مماثلة للسابق بين المحال عليه والمتنازل له.

(5) انظر L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 356 وما يليه.

(6) L. AYNÈS، المرجع عينه، رقم 260 وما يليه.

(7) انظر في هذا الاتجاه، G. MARTY et P. RAYNAUD، المرجع عينه، الجزء I، رقم 349، صفحة 358.

النظرية الثنائية والنظرية الواحدية لا تتيحان الذهاب أبعد من ذلك. وما أن يعطي المحال عليه موافقته لن يكون ثمة تنازل وإنما إنشاء عقد جديد خصائصه مماثلة بالتأكيد خصائص العقد المتنازل عنه بين المحال عليه والمتنازل له. هنا يتأكد الحد الإرادوي ووضعة العقد اللذين تحققهما النظريتان: يمكن تطبيق المظهر الذمي المالي على مكوّنات العقود (الموجبات) وليس على الإجراء الذي يولدها، أي العقد.

ويمكن أن يفكر بعضهم في أن خلاصة كهذه مؤسفة آخذاً في الحسبان المنفعة الاجتماعية المرتبطة بالتنازل عن العقد (يمكن أن يكون من الملائم التنازل عن وعد أحادي الجانب بالبيع، أو عقد توريد حصري للسلع، أو كذلك عقد بيع في صورة إيجار، مع أنه لا يوجد أي نص ينظم تنازلات كهذه[1]. على أنها لا تدين مع ذلك جميع الحلول: بإمكان المتنازل نقل عبء موجباته إلى الغير، المتنازل له، وعندما يعطي المحال عليه موافقته على التنازل يتكوّن عقد جديد مماثل للقديم وإنما يربط فريقين جديدين بدون أن تكون ثمة حاجة إلى التفاوض حول مضمونه.

694 ـ يوصل الذهاب إلى أبعد من الاقتراح الذي أبديناه إلى تشويه المبادىء القانونية المكتسبة بلا فائدة، إلى درجة الإخلال في توازن الأركان المكونة للعقد (الرضا لصالح السبب والقيمة الذمية المالية بمضرّة الرباط الشخصي)، للهدف الوحيد أي قبول إوالية ضرورتها ليست مطلقة إلى هذا الحد في وجود حلول تخييرية.

ويقود هذا التحليل للطبيعة القانونية «للتنازل التوافقي عن العقد» بالضرورة إلى إعادة التفكير في نظامه القانوني، ذلك بأنه ليس لأن وصف التنازل يبدو مستحيلاً يصبح توافق الإرادة محروماً من أي مفعول. وإذا كانت الفرضية الأولى «للتنازل»، أي الفرضية التي لا يتدخل المحال عليه فيها، لا تثير صعوبات خاصة بالنسبة إلى تحديد نظامه القانوني[2]، فليس الأمر على هذا النحو في ما يتعلق بالفرضية الثانية، أي الفرضية التي يعطي فيها المحال عليه موافقته. فنظام هذا الشكل الأخير «للتنازل التوافقي عن العقد» يمكن أن يكون مستوحى من نظام الإنابة في الدين[3].

واستخدام الاستدلال بالمماثلة يسوّغه وجود شبه بين هاتين الإواليتين؛ وهكذا يمكن التحقق من أنهما تضعان في المواجهة ثلاثة أشخاص (المتنازل المنيب والمحال عليه المناب

---

(1) يمكن أن توصل اللاّحجية المعترف بها في تحقيق تنازل رغماً عن قبول منفعتها الاجتماعية إلى تأكيدات منازع فيها؛ انظر Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 99، صفحة 277؛ : «إذا كان المتنازل والمتنازل له قد توخيا، في تنازل حقيقي عن العقد، تحرير المتنازل واستبدال المتنازل له به يمكن تماماً عدم الوصول إلى هذه النتيجة وذلك ينبغي أن لا يمنع اعتبار العملية تنازلاً عن العقد».

(2) تسوّى الصعوبات بالإسناد إلى عقد التنازل والمتنازل له وحدهما.

(3) انظر حول هذه الإوالية M. BILLIAU, La délégation de créance Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations، أطروحة في باريس I، منشورات L.G.D.J، 1988، مقدمة J.GHESTIN.

والمتنازل له /المناب لديه) رضاهم لا غنى عنه ـ سنرى الأهمية الواجب إعطاؤها لهذه المشاركة الثلاثية ـ ومن أن أي نقل ليس موجوداً في الحقيقة وأن علاقة قانونية جديدة نشأت بين اثنين منهما فقط (المتنازل/ المنيب والمتنازل له/ المناب لديه). والتنازل المسمى «اتفاقياً» عن العقد لن يكون بالتالي شيئاً آخر غير الإنابة في العقد[1]. والمصطلح المقترح يكون هكذا هو الأصح.

(1) انظر: M. BILLIAU, Cession de contrat ou «délégation» de contrat? Étude du régime juridique de la prétendue «cession coventionnelle de contrat»)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، I، 3758.

القسم 2

نظام توافق الإرادات الموصوف «بالتنازل عن العقد» بصورة غير ملائمة

695 ـ يجب أن تتيح السمات المشتركة بين «التنازل الاتفاقي عن العقد» والإنابة في الدين تحديد النظام القانوني «للتنازل (الإنابة) عن العقد» بدقة من وجهتي نظر على الأقل، أي في ما يتعلق بالاستثناءات التي يمكن أن يتمسك بها المتعاقدان المحال عليه (المناب لديه) والمتنازل له (المناب) لمعارضة تنفيذ العقد وانقضاء العقد «المتنازل عنه» (موضوع الإنابة)[1].

الفقرة 1 ـ حجية الدفوع

696 ـ عقدان متعاقبان وثلاثة فرقاء وموضوعان متماثلان، هذه هي مقدمة الذمامة(Casuistique)التي تبين وجود عملية قانونية ثلاثية الأشخاص[2]. وتمفصل هذه العناصر دقيق بصورة خاصة؛ بيد أن ما هو أساسي تحديد الانطلاق الجيد بين مختلف العلاقات العقدية لأن الدفوع التي يمكن أن يثيرها هذا الفاعل أو ذاك تتوقف على نقطة معرفة ما إذا كانت مرتبطة بالعقد الأول أو بالعقد الجديد. ينبغي إذاً التفريق بين الدفوع الملازمة للتنازل والدفوع الملازمة للعقد المدعى التنازل عنه فنبين هكذا أن الأولى هي التي يحتج بها جميع الفرقاء عندما تتعلق بتكوين التنازل في حين أن الثانية لا يمكن أن يتمسك بها المحال عليه ولا المتنازل له.

---

(1) الطابع الجديد للعقد «المتنازل عنه» يجب أن يؤدي إلى هذه النتيجة بأن معاملات المادة 1690 من القانون المدني غير قابلة للتطبيق. وينبغي أن يكون التنازل محتجاً به تجاه الغير منذ تلاقي الإرادات. ولا يفرض أي نص بالفعل إنجاز هذه المعاملات لإنشاء حق. إنه الحل المقبول في الإنابة في الدين، انظر M. BILLIAU، المرجع عينه، رقم 253 ورقم 254. وقد رأينا مع ذلك أنه لم يكن الحل المقبول في القانون الوضعي.

(2) حسب تعريف السيد Larroumet, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé أطروحة في بوردو مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، رقم 11، صفحة 22.

I ـ حجية الدفوع الناجمة عن التنازل

697 ـ عند قبول المحال عليه والمتنازل له «التنازل» يتيح المحال عليه تكوين عقد جديد بينه والمتنازل له. وبإمكان المحال عليه والمتنازل له وفقاً للمبادىء التي تسوس تكوين العقود وتنفيذها أن يتمسك كل منهما تجاه الآخر ببعض الدفوع، جميع الدفوع المرتبطة، في الحقيقة، بتكوين العقد الجديد وتنفيذه[1].

698 ـ **أثر مشاركة المتنازل.**

بيد أنه ينبغي الأخذ في الحسبان مشاركة المتنازل في تكوين العملية. غير أنه، بالنظر إلى خاصية التنازل، إذا ظهر المتنازل كفريق في تكوين العقد الجديد، فلن يكون مطلقاً فريقاً في تنفيذه، أنه غيرٌ بالنسبة إليه. ويسوّغ رضاه لأنه ضروري للرجوع عن العقد المدعى «التنازل عنه»، مما يجب أن يؤدي إلى تحرره في الأجل المحدد[2]. ويقود الاعتراف بمشاركة المتنازل في تكوين عقد جديد إلى الاعتراف عندئذ بأن المحال عليه والمتنازل له بإمكانهما بديهياً التمسك ببعض أسباب تسويغ البطلان المستخرجة من عمل إرادة المتنازل غير أنه يقتضي تحديد ذلك بدقة.

يبدو من الضروري الانطلاق من مثال لوضوح التفسيرات مستخرج من عيوب الرضا. يجب لأن المتنازل ليس الشريك (الجديد) في التعاقد مع المحال عليه؟ بالطريقة عينها كما هي الحال في مادة الإنابة إذ ليس المنيب شريك المناب لديه في التعاقد[3]، الاستخلاص أن الخداع الذي ارتكبه المتنازل ـ الذي لم يتأكد منه المتنازل له بنفسه ـ لا يمكن أن يتمسك به المحال عليه للحصول على بطلان العقد الجديد. ومن المعروف، بالفعل، أن الخداع، حسب أحكام المادة 1116 من القانون المدني، ليس سبباً للبطلان إلاّ أن يصدر عن الشريك في التعاقد[4].

على أن المتنازل تدخّل بجد في تكوين «التنازل»، حتى ولو بقي التنفيذ أجنبياً عنه، على النمط ذاته كما في الاشتراط لصالح الغير (كل الأشياء متساوية إضافة إلى ذلك) حيث يتدخل المشترط في تكوين حق المستفيد الذي لا يتلقى منفعته. والحال أنه من المقبول أن بإمكان الواعد أن يحتج في وجه المستفيد بأسباب البطلان التي يمكن أن يفيد منها تجاه المشترط[5]. أفلا ينبغي اعتبار أن بإمكان المحال عليه التمسك بخداع المتنازل؟ وعلى النمط ذاته أليس من الواجب اعتبار أن المتنازل له باستطاعته التمسك بهذا الخداع ذاته؟

---

(1) انظر بالمماثلة بالإنابة في الدين M. BILLIAU، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 296 وما يليه.

(2) انظر الرقم 702 اللاحق وما يليه.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 299.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 572.

(5) انظر الرقم 635 السابق.

699 ـ تحديد الطبيعة القانونية للدفوع يجب أن يتم مع الأخذ في الحسبان وجود عدة عقود.

يبدو أن الصعوبة يقتضي حلها بهذا الاعتبار أن ثمة تشابكاً في العقود. فالعقد المسمى «متنازلاً عنه» لا يتعلق إلا بالمتنازل والمتنازل له، والعقد الجديد يبرم بين المحال عليه والمتنازل له فقط، وبين هذين الطرفين ـ إذا صح القول ـ يتكون توافق إرادات بين الفرقاء الثلاثة المعنيين وهو منذور لإيجاد علاقة بين هاتين الاتفاقيتين. وعليه تكفي، لتسوية مسألة حجية الدفع بالخداع، معرفة أيّ اتفاقية ترتبط بها المناورات الجرمية. وبتعبير آخر لا يمكن التمسك بالخداع الذي يمكن أن يتناول العقد «المتنازل عنه» من قبل المتنازل له، كما أن الخداع الذي يتناول علامات المحال عليه بالمتنازل له لا يمكن أن يتمسك به إلاّ هذان الأخيران. وبالمقابل يكون الخداع الذي ارتكبه أحد الفريقين في مناسبة عملية «التنازل» محتجاً به من قبل كل منهما. وهذا التحليل يمكن أن يعمم وأن يتعلق بالدفوع جميعاً أياً كانت طبيعتها وهي ترتبط بتوافق الإرادة وموضوعه تحقيق «التنازل».

وتتيح هذه الطريقة في التصدي للمادة استشفاف قاعدة حجية الدفوع المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه».

II ـ لاحجية الدفوع الملازمة للعقد «المتنازل عنه»

700 ـ ينبغي، عملياً، التساؤل عما إذا كان المتعاقد المحال عليه يمكنه أن يحتج في وجه المتنازل له، المتعاقد الجديد، بالدفوع التي يستطيع الاحتجاج بها في وجه المتعاقد الأصلي، المتنازل. وتتعقد المسألة، إذا تساءلنا، من وجهة نظر المتنازل له، عما إذا كان بإمكانه هو أيضاً الاحتجاج في وجه المحال عليه بالدفوع التي يمكن أن يحتج المتنازل بها ضده.

يمكن اعتبار أنه ينبغي، طالما أن «التنازل التوافقي عن العقد» يتحلل في الحقيقة كإبرام عقد جديد، الاعتراف بأن مسألة نقل «الحقوق الإرادية» ليس لها موضوع. وبالفعل يتعذر نقل حق إبطال العقد المدعى التنازل عنه أو فسخه، حسب التعريف، إلى المتنازل له، فجدّة العقد تتعارض معه.

وذلك يعني، من جهة ثانية، تأكيد تعذر تطبيق قاعدة لاحجية الدفوع. وأساس القاعدة النهائي يمكن إيجاده في مبدء المفعول النسبي للعقود الذي تطرحه المادة 1165 من القانون المدني. ومن المنطقي، طالما أن العقد «المتنازل» عنه» هو عقد جديد، أن يكون المتنازل له والمحال عليه أمام استحالة التمسك بوسيلة دفاع مستخرجة من العقد «المتنازل عنه». وواقع أن هذه الاتفاقيات المتعاقبة لها الموضوع عينه والسبب ذاته ليس من شأنه إفساد هذا التحقق الجوهري. كما أن واقع كون «التنازل عن العقد» وحده يتضمن تشابك حقوق متميزة ليس من شأنه إبطال القاعدة[1]. أما بالنسبة إلى التمسك بالنظرية المسماة «قاعدة مجموعات العقود»

(1) انظر بالمماثلة، في مادة الاشتراط لصالح الغير، حيث تفرق محكمة النقض بعناية بين العقد المولّد حق المستفيد والعلاقات العقدية التي يدخل بها، الرقم 636 السابق.

فلا تأثير له عندما يدينه التشكيل الرسمي في قمته لمحكمة النقض[1].

إن القاعدة تعمل بالنسبة إلى الدفوع جميعاً سواء تعلقت بتكوين العقد «المتنازل عنه» أو بتنفيذه.

701 ـ بيد أن مبدأ المفعول النسبي للعقود ليس من الانتظام العام[2]، بحيث أن الفرقاء يمكنهم دائماً تقرير استبعاده بإخضاع صحة الاتفاقية الجديدة أو تنفيذها لغياب دفوع يحتج بها المتنازل أو المحال عليه أو بالعكس. كما يقتضي أن يكون الفرقاء قد أعلنوا بوضوح موقفهم حول هذا الموضوع. إن مجرد إسناد إلى «العقد المتنازل عنه» يجب أن لا يكون كافياً، بالنمط عينه كما في مادة الإنابة[3].

الفقرة 2 ـ إنقضاء العقد «المتنازل عنه»

702 ـ مسألة غير قابلة للإحاطة بها.

حتى لو كان بالإمكان التمسك بأن العقد لم يكن موضوعه تحرير المتنازل[4] فمن الواضح أن التنازل يجب أن ينتج، في آونة أو في أخرى، هذا المفعول. وتطرح عندئذ مسألة معرفة في أي آونة ينقضي العقد. ويبرز تخيير عند ذلك: إمّا أن يكون العقد «المتنازل عنه» قد انقضى في آونة تكوين العقد الجديد أو يكون قد انقضى بعد ذلك، وعندها لا يكون لمسألة معرفة ما إذا كان المتنازل يضمن تنفيذ العقد الجديد من معنى إلاّ في الفرضية الثانية. يبقى أخيراً تحديد مصير الضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه».

I ـ انقضاء العقد «المتنازل عنه» الملازم «للتنازل»

703 ـ ليس التجديد ولا التباين المتبادل مفترضين.

ما هو قابل للإدراك بداهة ربط مفعول مسقط فوري «بالتنازل»، ومفعول ذلك مقارنته بالتجديد بتغيير المدين حتى خلطه به. والممارسة تخلط أحياناً بين هاتين العمليتين. وهكذا، مثلاً، يتمسك مدعي الطعن، في نزاع أفسح في المجال لحكم صدر عن الغرفة التجارية في محكمة النقض في 12 تشرين الأول 1993[5]، في سبب التسويغ بأن «التنازل عن العقد

---

(1) انظر الرقم 684 السابق.

(2) انظر L. AYNÈS، ملاحظة على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1992، D.1992 صفحة 481.

(3) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، ولا سيما رقم 323.

(4) L. AYNÈS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 133.

(5) النشرة المدنية، IV رقم 333، صفحة 240؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I, G، 3744، ملاحظة M. BILLIAU.

لمستأجر يشكل تجديداً بتغيير المدين، فيكون موجب المؤسسة المتنازل عنها ساقطاً تطبيقاً للمادة 1234 من القانون المدني». إن مماثلة كهذه لا تأخذ في الحسبان مع ذلك شروط تحقيق الجديد. وإبرام العقد الجديد بالفعل، المماثل للعقد السابق، لا تستنتج منه بالضرورة إرادة تلاشي العقد القديم، بالنمط ذاته كما في الإنابة التي تنشىء موجباً جديداً، ولا يؤدي مبدئياً إلى التجديد (المادة 1275 من القانون المدني). واللجوء إلى التجدد، يد يظهر هكذا مفرطاً إلى حد ما. فإرادة انقضاء العقد «المتنازل عنه»، على الأقل، لا يمكن افتراضها لأن نية التجديد ذاتها لا تفترض. ولا يمنع أي نص الفرقاء أن يتفقوا على الانقضاء الفوري.

وليس التجديد التقنية الوحيدة للانقضاء الممكنة. ومن المعروف بالفعل أن بإمكان الفرقاء، استناداً إلى المادة 1134، الفقرة 2، من القانون المدني، وضع نهاية لعقدهما باتفاق رجوع عنه، للتباين المتبادل[1]. إن اتفاقاً كهذا، في صلابة المبادىء، لا يمكن مع ذلك افتراضه ذلك بأن القاعدة أن لا يتفرض العدول عن الحق ولا يمكن، على وجه الخصوص، استبعاده من صمت الفرقاء[2].

وعليه يكون اللجوء إلى هاتين التقنيتين قابلاً للارتقاب بيد أنه ينتج مفاعيل مختلفة. فالموجب القديم في التجديد يشكل سببه[3]، بحيث أنه إذا بدا باطلاً كان التجديد ذاته مشوباً بالبطلان[4]. يتعذر إذاً تجديد الموجب المشوب بسبب بطلان مطلق والموجب «المعدوم». وبالمقابل يمكن تجديد موجب مشوب بسبب بطلان نسبي طالما أنه قابل للتأكيد (انظر المادة 1338 من القانون المدني). بيد أن التجديد لا يفترض التأكيد. وبالمقابل، إذا اختار الفرقاء طريق التباين المتبادل فهم يستبعدون أي رباط بين الموجب القديم والموجب الجديد[5]، بحيث أن بطلان الموجب القديم يبقى بلا تأثير في صحة الموجب الجديد. يمكن إذاً قيام نقاش حول الطبيعة الحقيقية لاتفاق الرجوع.

على أنه يبدو من المعقول، بما أن التجديد والتباين المتبادل لا يفترضان، الأخذ بأن

---

(1) انظر حول هذه الإرالية R. VATINET, Le mutuus dissensus، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 252 وما يليها.

(2) انظر F.DREIFUSS-NETTER, Les manifestations de volonté abdicatives، أطروحة في ستراسبورغ منشورات L.G.D.J، 1985، مقدمة P. TERCIER رقم 167 . - انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 5 آذار 1971، النشرة المدنية، III، رقم 175 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 شباط 1974، النشرة المدنية، III، رقم 70، صفحة 53.

(3) J. CARBONNIER، المرجع عينه، الفقرة 348.

(4) C. PACTET, De la réalisation de la novation، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1975، رقم 13 وما يليه.

(5) A. GHOZI, La modification de l'obligation par la volonté des parties، أطروحة في باريس II، منشورات L.G.D.J، 1980، مقدمة D.TALLON، رقم 107، ولا سيما رقم 113.

انقضاء العقد المتنازل عنه ليس مرتبطاً بإنشاء العقد، عدا وجود إرادة معاكسة، مما يعني أنه يحصل بصورة لاحقة.

II ـ انقضاء العقد «المتنازل عنه» بصورة لاحقة للتنازل

704 ـ انقضاء معاصر للتنفيذ.

هذه الفرضية في العمل قريبة إلى حد كبير من فرضية الإنابة، العادية أو غير التامة. ومن المعروف، بالفعل، ان الموجبات الأصلية، عندما لا تنتج الإنابة أيّ تجديد (بتغيير المدين أو بتغيير الدائن) تبقى حتى تنفيذ المناب الموجب الجديد الذي يضطلع به تجاه المناب لديه[1]. وهذا التنفيذ عندئذ هو الذي يؤدي إلى انقضاء الموجبات الأصلية، ونتيجة لذلك تحرير المنيب تجاه المناب لديه وتحرير المناب تجاه المنيب[2].

ويمكن أن ينتج «التنازل الاتفاقي عن العقد» مفعولاً مماثلاً بدون سيئات تذكر. وهكذا يصبح المتفرغ محرراً عندما يستنفد العقد الجديد مفاعيله في علاقات المحال عليه بالمتنازل له. بيد أن المسألة، عندما يؤخذ بمبدإ انطفاء مؤجل، تطرح لمعرفة ما إذا كان المحال عليه يمكنه مع ذلك مقاضاة المتنازل وبالعكس. وقد طرحت مسألة مماثلة بالضبط في مادة الإنابة في الدين وفي العلاقات بين المنيب والمناب لديه وأثارت جدالاً هاماً[3]. ولم يبت الاجتهاد بها بعد؛ إلاّ أنه جرى بيان أن السماح للمناب لديه بمقاضاة المنيب قبل أن يقوم المناب بالتنفيذ مناقض لطبيعة الإنابة وأن هذا الحل يمكن أن يسوّغ «بالنتائج التي يعطيها الإنصاف أو العرف أو القانون للموجب تبعاً لطبيعته». وبالرضا المتبادل يجوز اعتبار هذا الاستدلال يستقيم بالنسبة إلى «التنازل الاتفاقي عن العقد». بحيث أن المتنازل والمحال عليه، بسبب طبيعة الاتفاق الحاصل، ليس في وسعهما الإفادة من اتفاقيتهما، على الأقل حتى حصول عدم تنفيذ العقد الجديد، مما يكن أن يسوّغه حل اجتهادي[4].

705 ـ ليس «المتنازل» ضامن التنفيذ.

يبقى أنه يمكن التساؤل عما إذا كان المتنازل يجب أن لا يعتبر ضامناً تجاه المتنازل له عن تنفيذ العقد الجديد. وهكذا يصبح، إذا صح القول، في وضع الكفيل. على أنه، عندما يتحلل التنازل عن العقد كخلافة للعقد، لا يتضح تماماً كون مجرد إعطاء موافقته على التنازل

---

(1) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 203 وما يليه.

(2) انظر M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 355 وما يليه وموسوعة Dalloz، فهرس القانون المدني، V الإنابة، الطبعة الثانية، 1993، رقم 56.

(3) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 206 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تموز 1988، النشرة المدنية، III، رقم 125، صفحة 69؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 217، ملاحظة M. PÉDAMON.

يؤدي إلى اتخاذه صفة ضامن تنفيذ العقد الجديد. وإذا ما فكّرنا في قواعد الكفالة نكون مجبرين عندئذ على التحقق من أن هذه الكفالة لا تفترض افتراضاً ويجب أن تكون صريحة (المادة 2015 من القانون المدني)، وليس ثمة أي سبب آمر لاعتبار أن «المتنازل» يضمن، بهذه الصفة أو تلك، تنفيذ العقد الجديد. غير أن المحال عليه، عندما لا يكون المتنازل محرراً تجاهه، يمكن أن يمتلك دعوى تنفيذ في حال تخلف المتنازل له، وإنما على أساس العقد المدعى «التنازل» عنه وحده.

706 - يبين هذا النهج في التصدي للمسألة، ولو كان مضغوطاً، وينبغي تحليله خارج أي فكرة نقل، ان مفهوم «التنازل عن العقد» ينمي مفاعيل أصلية ليست مجردة من الفوائد.

«فالتنازل الاتفاقي عن العقد»، المفهوم بأنه يحمل إنشاء عقد جديد، موضوعه وسببه مماثلان للقديم، يصون مصالح كل فريق في العملية. وبالفعل ليس ثمة تضحية «بالمحال عليه» على الإطلاق طالما أن رضاء مطلوب، ولا يرى نفسه قد فرض عليه متعاقد آخر. والمحال عليه، يمكن، على وجه الخصوص، أن يتحرر إمّا منذ إبرام العقد، في حالة التجديد أو التباين المتبادل، وإمّا عند حلول الأجل، ولا يتفاقم وضعه بإبرام العملية: عندما لا يتحرر فوراً وفي حال عدم تنفيذ «المتنازل له» يكون ملزماً فقط بتنفيذ الموجبات التي قبل سابقاً الاضطلاع بها، حتى بتنفيذ قسم متبقٍ إذا كان «المتنازل له» قد نفذ العقد الجديد خلال زمن معين، وله كل النفع في العملية طالما أنه يتعاقد مباشرة مع «المحال عليه»، فيستفيد هكذا من قاعدة لاحجية الدفوع. وفي هذه الحالات منفعة «تنازل اتفاقي حقيقي عن العقد»، بدون إنشاء عقد جديد، تكون أقل بداهة.

III - مصير الضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه»

707 - تطبيق مبدأ المفعول النسبي للعقد أيضاً.

ينبغي تسوية وضع الضامنين بسهولة، من حيث المبدأ، تطبيقاً لمبدإ نسبية الاتفاقيات. فالضمانات المرتبطة بالعقد «المتنازل عنه» لا تنتقل إلى العقد الجديد. وهي لا تضمن التعهدات الجديدة، سواء أكانت عينية أو شخصية، عدا إبداء إرادة معاكسة وذلك لمجرد تطبيق المبادىء العامة لقانون الموجبات والتعبير عنها موجود في المادة 1278 من القانون المدني المتعلقة بالامتيازات والرهونات العقارية. فليس بإمكان المتنازل له إذاً أن يستفيد منها وكذلك المحال عليه. بيد أنه يجب قبول عدم إمكانية التحرر إلاّ بتنفيذ العقد الجديد طالما أن العقد الأولي لا ينقضي إلاّ بتنفيذ الاتفاقية الجديدة.

بيد أنه يقتضي البيان، إذا كان الفرقاء قد قرروا الانقضاء الفوري للعقد «المتنازل عنه»، انه ليس ثمة شك في أن الضامنين يكونون محررين فوراً ولو تبين أن تنفيذ العقد الجديد مشوب بالعيب. ويكون المفعول هنا مماثل لمفعول التجديد (المادة 1281، الفقرة 2، من القانون المدني)، وبإمكان الضامنين التمسك بالعملية التي ليسوا فرقاء فيها عملاً بمبدإ

الحجية[1]. وليس هناك أخيراً أي نص قانوني يتعارض مع أن يخضع الفرقاء التنازل لتعهد الشركاء في الدين أو كفلاء ضمان العقد الجديد. وهكذا يمكن تطبيق المادة 1281، الفقرة 2، من القانون المدني.

708 ـ الخلاصة، إذا أردنا الاعتقاد أن «التنازل الاتفاقي عن العقد» غير قابل للتحقيق في الحقيقة في حالة القانون الوضعي إذ يصطدم بالمبادىء الأكثر تأكيداً لقانون الموجبات، أنه يبدو أيضاً أن توافق الإرادات ذات الموضوع المعلن عنه على هذا النحو يمكن أن ينتج مفاعيل أخرى إلاّ أنها تبتعد جداً عن المفاعيل التي يمكن أن ينتجها تنازل حقيقي يمكن أن ينص القانون عليه.

---

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تشرين الأول 1991؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، I، 3570، صفحة 148 وصفحة 149، ملاحظة M. BILLIAU، D.S.1993، صفحة 181، تعليق J. GHESTIN؛ مجلة الاجتهاد في القانون الإداري، 1992، رقم 6، صفحة 12؛ النشرة المدنية، IV، رقم 302، صفحة 209.

القسم 3

التنازلات القانونية عن العقود

709 ـ يؤدي التنازل القانوني وحده إلى توسيع قوته الملزمة

لا يمكن أن يتحقق التنازل الاتفاقي عن العقد بدون موافقة المحال عليه، وهذه الموافقة تولد عقداً جديداً يربطه بالمتنازل له، ولا تولد الإوالية الموصوفة توسعاً للقوة الملزمة للعقد تجاه الغير.

والأمر على هذا النحو في عدد من الأوضاع ينظم فيها المشترع تنازلاً مزعوماً عن العقد: بما أن موافقة المحال عليه مطلوبة يتعذر الكلام على توسيع القوة الملزمة للعقود وإنما على العقد الجديد.

وفي الأحوال التي لا يكون فيها رضا المحال عليه مطلوباً غالباً ما يتعلق الأمر بعمليات يمكن الشك فيها في طبيعة التنازل العقدية عندما يكون المقصود بشكل أساسي الانضمام إلى نظام ما، أي أن يكون التنازل قضائياً مما يجعل التعبير عن سلطان إرادة المحال عليه أقل ضرورة.

إذن يقبل المشترع في حالات قليلة جداً وجود تنازلات حقيقية عن العقود.

وغياب هذه الحظوة بالنسبة إلى التنازلات عن العقود يشهد عليها غموض المصطلح: إنه يستهدف في بعض الحالات استبدال المتعاقد، وفي حالات أخرى تنازلاً عن الحقوق، ولا يتكلم إلاّ استثنائياً في صدد الإيجار كما يتكلم على التنازل عن هذا العقد.

وقد قام جدال فقهي في صدد الطبيعة القانونية للشفعة والاسترداد[1]، فبعضهم يعارض[2] وصف «التنازل الجبري عن العقد» الذي قال به أحد المؤلفين[3]. وبدون الدخول

---

(1) انظر بالنسبة إلى المفهوم J. GHESTIN, Traité des contrats، تأليف J. GHESTIN et B. DESCHÉ، 1990، رقم 454 وما يليه.

(2) انظر Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، ولاسيما رقم 796، صفحة 438.

(3) C. SAINT- ALARY- HOUIN, Le droit de préemption، منشورات L.G.D.J، 1979، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 201 وما يليه.

في تفاصيل التحليل من المناسب التفريق بين حق الشفعة والاسترداد. فحق الشفعة لا يبدو أنه يجب أن يحقق تنازلاً عن العقد للسبب البسيط بأن ممارسة الشفعة سابقة للبيع: لا نرى كيف يمكن لأحدهم، وهو غير متعاقد، أن يتنازل عن عقد لم يتكون بعد، وواقع أن العقد الذي يجب إبرامه بين حائز حق الشفعة والمالك مماثل للعقد الذي يقتضي إبرامه لا يكفي لوصف العملية «بالتنازل»[1]. والوضع مختلف في ما يختص بالاسترداد، ذلك بأن الاسترداد يجري بعد البيع. بيد أن الزوال الرجعي للعقد المبرم بين البائع والمسترد منه يبدو متعارضاً مع التنازل، ذلك بأنه من الصعب تصور عقد مفترض أنه لم يوجد أبداً يمكن التنازل عنه[2]. يضاف إلى ذلك أن عملية الاسترداد، إذا وجد المسترد منه ـ المتنازل عنه نفسه أنه مفروض عليه مغادرة «المسرح العقدي»، لا تتيح له ذلك إلاّ بشكل آمر طالما أنه يبقى ملزماً تجاه البائع المحال عليه وبإمكانه فقط الرجوع على المسترد (لا يمكن إذاً الكلام إلاّ على تنازل داخلي عن مفاعيل العقد).

710 ـ بما أن انضمام المتنازل مطلوب فإن عقداً جديداً هو الذي يتكوّن.

تكوين العقد متروك لاستنساب شخص المحال عليه. وهكذا يتم رفض التنازل عن الإيجار لمستأجر مكان لاستعمال سكني عملاً بالمادة 8 من قانون 6 تموز 1989؛ وهو غير مسموح به إلاّ بموافقة خطية من المؤجر (ثمة قاعدة مماثلة واردة في المادة 78 من قانون أول أيلول 1948). وفي مادة التنشيط العقاري، «لا يستطيع المنشط أن يستبدل نفسه بالغير في تنفيذ الموجبات التي تعاقد عليها تجاه صاحب العمل بدون موافقته» (المادة 1831ـ 3، الفقرة 3، من القانون المدني).

وتنص المادة L.10-121 من قانون التأمينات على حالة تنازل جبري وفيها يكون رضا المحال عليه مفترضاً وحسب. وبالفعل، إذا كانت تنص على «أن التأمين، في حال وفاة المؤمّن أو تلف الشيء المؤمّن، فإن التأمين يستمر بقوة القانون لصالح الوريث أو مكتسب الملكية، على أن ينفذ هذا المكتسب جميع الموجبات التي كان المؤمّن ملزماً بها تجاه المؤمّن استناداً إلى العقد»، وهي تحتفظ للمؤمّن (المحال عليه) وللوريث ومكتسب الملكية (المتنازل لهما) بحق فسخ العقد.

والوضع أخيراً هو خاص في مادة الملكية الأدبية. فالمادة L.16-132 من قانون الملكية الأدبية والفنية تمنع الناشر بالفعل «نقل (. . .) فائدة عقد النشر إلى الغير بالاستقلال عن مؤسسته التجارية، بدون أن يكون قد حصل مسبقاً على إذن المؤلف». وموافقة المحال عليه

---

(1) أخذت السيدة SAINT- ALARY- HOUIN، بصورة تناقضية، بأن «حق الشفعة، عندما يمارس، تكون نتيجته إبرام عقد جديد بين حائزه والمالك» (المرجع عينه رقم 21، صفحة 18).

(2) قارن بـ: C. SAINT - ALARY - HOUIN، المرجع عينه، رقم 231، الصفحات 204 إلى 206، الأخذ، في صدد حق الشفعة، بأن الرجعية لا تمنع أن يستمر موضوع العقد وكيفياته بين المتعاقدين الجدد. إن ذاتية كهذه لا تكفي مع ذلك للأخذ بأن الأمر يتعلق بالعقد ذاته.

مطلوبة طبيعياً ـ مما يتيح تكوين عقد جديد ـ، ما عدا الحالة التي يشكل التنازل فيها تابع نقل المال[1]، وفي هذه الحالة ينشىء القانون تنازلاً عن العقد يؤدي إلى امتداد قوة العقد الملزمة تجاه الغير.

إن الأمر يتعلق بالفعل بامتداد مزدوج لقوة العقد الملزمة. فمن جهة أولى امتداد عقد التنازل (المبرم بين المتنازل والمتنازل له) تجاه المحال عليه عندما لا يكون رضاه مطلوباً. ومن جهة ثانية امتداد العقد المتنازل عنه (المبرم بين المتنازل والمحال عليه) تجاه المتنازل له عندما لا يكون هذا الأخير الذي لم يبرم سوى عقد التنازل مع المتنازل فريقاً متعاقداً مع المحال عليه ما دام ان موافقة المتنازل غير مكترث لها.

بيد أن الأمر يتعلق بحالة حدية، فرضا المحال عليه (المؤلف)، بسبب النظام الأمر للملكية الأدبية، يمثل بالفعل أهمية أقل، عندما تكون مصالحه محمية بطريقة مماثلة أيّاً كان شخص شريكه في التعاقد.

711 ـ لا أهمية تذكر لرضا المحال عليه عندما يُفرض نظام قانوني على المتعاقدين.

يمكن التساؤل، في أوضاع عديدة، عما إذا كان «التنازل عن العقد» مسموحاً به قانوناً، بالضبط في أوضاع تجعل المحال عليه، أيّاً كانت إرادته، يستفيد من نظام حماية رسمي.

والأمر على هذا النحو في شأن عقد العمل. وهكذا تنص المادة L.12-122 الشهيرة من قانون العمل على استمرار عقود العمل رغماً عن تعديل الوضع القانوني للمستخدم[2]. وهذا النص هو التالي: «إذا حصل تعديل في الوضع القانوني للمستخدِم، ولاسيما عن طريق الخلافة، أو البيع، أو الأندماج، أو نقل المؤسسة، أو الوضع في شركة، تستمر عقود العمل جميعاً النافذة في يوم التعديل بين المستخدِم الجديد وجهاز موظفي المؤسسة».

وهذا التنازل ينتج مبدئياً مفاعيل هامة طالما أن المستخدِم الجديد ملزم تجاه الأجراء بموجبات كانت على عاتق المستخدِم القديم قبل التعديل. على أنه تقتضي الملاحظة أن ثمة وضعاً خاصاً عندما يتم التنازل عن المؤسسة تطبيقاً لأحكام قانون 25 كانون الثاني 1985. وتنص المادة L.1-12-122 من قانون العمل على أن المستخدِم الجديد في هذه الحالة ليس ملزماً تجاه الأجراء بموجبات المستخدِم القديم. وينتج عن ذلك أن تعويض الإجازات المدفوعة المتوجبة للأجير عن الحقبة السابقة للتنازل تبقى متوجبة على المستخدِم القديم[3].

وتحتفظ المادة L.1-324 من قانون التأمينات، في مجال التأمين، لمؤسسات التأمين،

---

(1) انظر Cl. COLOMBET, Propriété littéraire et artistique en droits voisins، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، رقم 351 وما يليه.

(2) G. COUTURIER, Droit du travail، الجزء I، علاقات العمل الفردية، منشورات P.U.F، الطبعة الثانية، 1993، رقم 228 وما يليه.

(3) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 7 تشرين الأول 1992، النشرة المدنية، V، رقم 498، صفحة 316.

(وقائمتها واردة في المادة L.1-310) بإمكانية «نقل حقيبة عقودها كلياً أو جزئياً، مع حقوقها وواجباتها، إلى مؤسسة أو مؤسسات معتمدة»، مع مراعاة «موافقة السلطة الإدارية»[1]. وليست موافقة المؤمَّنين (المحال عليهم) ضرورية هنا عندما يستمرون في الإفادة من نظام الحماية.

والتنازلات، بالطريقة عينها، مقبولة بدون أن يكون من الواجب أن يعطي المحال عليه موافقته ما دام أنه، أيّاً كان المتعاقد معه، يجد نفسه قد فرض عليه نظام معين.

وهكذا تنص المادة 1743 من القانون المدني على أن «مكتسب الملكية، إذا باع المؤجر الشيء المؤجر، ليس بإمكانه طرد المزارع، المزارع بالمحاصة أو المستأجر، الذي في حوزته إيجار رسمي أو ذو تاريخ أكيد». على أن الفقرة الثانية من النص تضيف: «على أن بإمكانه طرد مستأجر المال غير الريفي إذا احتفظ بهذا الحق في عقد الإيجار». إن إمكانية عدم متابعة العقد، أي رفض التنازل الجبري، تستقيم هنا عندما يكون ثمة إحساس بأن نظام حماية المحال عليه (المستأجر) آمر بدرجة أقل (خارج المجال الريفي).

وفي مادة الإيجار دائماً تنظم المادة 9 من قانون 6 تموز 1989 تبادل المساكن بين «المستأجرين اللذين يشغلان مسكنين عائدين إلى المالك نفسه وكائنين في مجموعة عقارية واحدة» وتنص على أن «كل مستأجر، في العقود النافذة، يحل بقوة القانون محل الذي يخلفه ولا يمكن أن يعتبر داخلاً جديداً» وتحدد هكذا تنازلاً متبادلاً في العقود يفرض على المؤجر[2].

وتعلن المادة 35 ـ 1 من مرسوم 30 أيلول 1953، المتعلق بالإيجارات للاستعمال التجاري، في مادة الإيجار التجاري «ان الاتفاقيات، أيّاً كان شكلها، التي تنزع إلى منع المستأجر من التنازل عن إيجاره باطلة». وبالفعل، أيّاً كان المستأجر (المتنازل له) يجب على المؤجر (المحال عليه) أن يخضع للقواعد الآمرة ذاتها التي تحدد نظام الملكية التجارية. فليست موافقته لا غنى عنها إذن.

وفي مجال البناء العقاري تجيز المادة 1601 ـ 4 من القانون المدني لمكتسب ملكية عقار للبناء أن يتنازل عن الحقوق التي يستمدها من العقد، ذلك بأن المتنازل له مستبدل بقوة القانون «في موجبات مكتسب الملكية تجاه البائع». وعلى المحال عليه، هنا أيضاً، أيّاً كان

---

(1) يملك المؤمَّنون مهلة شهر اعتباراً من النشر في الجريدة الرسمية للإخطار بطلب النقل لفسخ عقودهم؛ والمصادقة على هذه العملية، ضمن هذا التحفظ، من قبل السلطة الإدارية «تجعل النقل محتجاً به تجاه المؤمَّنين، المكتتبين أو المستفيدين من العقود، وتجاه الدائنين» (المادة 324 -1 -L، الفقرة 3، من القانون المدني).

(2) انظر حول النقاش المتعلق بالمادة 79 من قانون أول أيلول 1948، حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1957، D.1958، صفحة 115، تعليق R.DESIRY، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1958، صفحة 268، رقم 3، ملاحظة J. CARBONNIER. وكذلك Ch. LARROUMET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 115، صفحة 283 وما يليها.

الشخص المتعاقد معه، أن يخضع للقواعد المكرهة لبيع العقار المعدّ للبناء.

ومن البديهي أن تعطي المادة 1717 من القانون المدني المستأجر حق التنازل عن إيجاره لآخر إذا لم تكن هذه الإمكانية ممنوعة عليه كلياً أو جزئياً. وفي مادة الإيجار من القانون العام ليس ثمة أي نظام. على أنه يمكن التساؤل عما إذا كان هذا «التنازل» يستفيد من رضا المؤجر (المحال عليه) الضمني ما دام إنه لم يعترض عليه في عقد الإيجار، والمادة 1717 تتيح في هذه الحالة إنشاء عقد جديد.

ثمة شك من النموذج عينه في ما يتعلق بالمادة 1831 ـ 3، الفقرة الأولى، من القانون المدني. كانت تنص قبل تعديلها بقانون 11 تموز 1972 على ما يلي: «إذا تنازل صاحب العمل، قبل إنجاز البرنامج، عن الحقوق التي له على هذا البرنامج، يحل المتنازل له محله بقوة القانون، إيجابياً وسلبياً، في مجمل العقد». وهكذا كان القانون يفرض بصورة آمرة امتداد التنازل الذي بقي عملاً إرادياً. بيد أن قانون 11 تموز 1972 أضاف أن «المتنازل هو ضامن تنفيذ الموجبات الملقاة على عاتق صاحب العمل بموجب العقد «المتنازل عنه». وإذا بقي المتنازل ضامناً فلا يمكن القول ان تنازلاً رسمياً قد حصل.

كما أنه من غير الأكيد أن المادة 51 من قانون 30 كانون الأول 1957 التي تنص، في مادة عقد التنازل العقاري، على أن «المتنازل له بإمكانه التنازل كلياً أو جزئياً عن حقوقه للغير»، قد نظّمت تنازلاً عن العقد. وبالفعل لا يُسند المشترع إلى التنازل عن «عقد الامتياز» (في حين أنه يستهدف، في الفرضيات الأخرى، للتنازل عن العقد، عقد «الإيجار») ولا إلى نقل الموجبات[1].

712 ـ يمكن التنازل عن العقد بموافقة القاضي.

يقبل المشترع، في بعض الأوضاع أخيراً، التنازل عن العقد؛ غير أن حكم القاضي عندئذ هو الذي يحل محل رضا المحال عليه.

وهكذا يمتنع على المستأجر التنازل عن عقد إيجار ريفي عدا أن «يكون التنازل قد تم (. . .) لصالح زوج المستأجر المشارك في الاستثمار أو خروج المستأجر الذي بلغ سن الرشد أو المحرر»، إذا كان هذا التنازل قد اقترن بموافقة المؤجر، وإلاّ أن تكون المحكمة المتساوية التمثيل قد أذنت به (L.35-411 من القانون الريفي). والتنازل في إحدى الحالات يكون مقبولاً من المحال عليه (المؤجر) مما يولد عقداً جديداً، وفي حالة ثانية يحل القاضي محل المؤجر.

وأخيراً تنص المادة 86 من قانون 25 كانون الثاني 1985 المتعلق بإصلاح قانون الإجراءات الجماعية، على أن الحكم الذي يقرر برنامج التنازل عن المؤسسة يحمل تنازلاً

---

(1) استنتج الفقه أن المتنازل له يبقى ملزماً بموجبات صاحب الامتياز تجاه المحال عليه؛ انظر - R. SAINT ALARY، فهرس القانون المدني، V الامتياز العقاري، رقم 33 والإسنادات المستشهد بها.

عن عقود البيع في صورة إيجار أو الإجارة أو توريد الأموال أو الخدمات التي يراها القاضي ضرورية للحفاظ على النشاط. أن تفرغاً كهذا عن العقد يمكن أن يبدو كتابع للتنازل عن المؤسسة، ذلك بأن بقاء هذه المؤسسة مرتبط بشكل حميم بنقل تلك العقود[1]. والقاضي يغلّب هنا بقاء المؤسسة على مصالح المحال عليه.

بيد أن مجال التنازل القضائي ليس سهل التحديد. وهكذا جرى التساؤل عما إذا كان بعض العقود، ومنها العقود بالنظر إلى الشخص المتعاقد معه، يجب أن تستبعد من حقل تطبيق المادة 86. إن الاجتهاد غير مستقر بعد حول هذه النقطة[2].

فقد كانت لمحكمة النقض مناسبة تحديد طبيعة هذا التنازل الأخير في حكم مهم بتاريخ 12 تشرين الأول 1993[3]. وكان الأمر يتعلق بمعرفة ما إذا كان مصير الكفلاء الذين ضمنوا المطلوبات السابقة للتنازل، هل كانوا محررين أم لا؟ وكان الكفلاء الذين أدانهم قضاة الأساس قد قدموا طعناً للنقض بالتمسك (الفرع الأول من سبب التسويغ) بأن القضاة لم يكن بإمكانهم إجبار الكفيل على إبقاء تعهده لصالح المستفيد لأن المدين الأصلي، بمفعول التنازل القضائي الجبري عن عقد القرض، يتوقف عن أن يكون ملزماً بتسديد القرض، إذ يتعلق الأمر بحالة تجديد قضائي جبري تحرر الكفيل استناداً إلى المادة 1281 من القانون المدني. وقد تم رد هذه البرهنة بالحجة التالية: «إن العقود التي أمرت المحكمة بالتنازل عنها يجب، استناداً إلى إعادة 86، الفقرة 3، من قانون 25 كانون الثاني 1985، رغماً عن أي بند مخالف، أن تنفذ ضمن الشروط السارية في يوم افتتاح التقويم القضائي، وأنه ينتج عن هذا النص أن التنازل عن العقود المبرمة استناداً إلى حكم المحكمة وليس إلى إرادة الفرقاء لا يؤدي إلى انقضاء الموجب الموجود سابقاً واستبدال موجب جديد كان بديلاً عن الموجب القديم به، إذ ليس ثمة أي مفعول تجديدي مرتبط هكذا بالعملية». كما بينت المحكمة أيضاً «العقد الذي يخلف المستفيد، في تنفيذه، المدين موضوع التقويم القضائي» هو «هذا العقد ذاته الذي كان يربط المتعاقد المحال عليه بالمدين». لا يمكن أن يكون ثمة وضوح أكثر من

---

(1) انظر حول المسألة D. FABIANI, La cession judiciaire des contrats، منشورات جامعة نيس، 1990، مقدمة F. DERRIDA، ولا سيما رقم 19 وما يليه. انظر حول الصيغة الجديدة للمادة 61 من قانون 11 آذار 1957 التالية لإصلاح 25 تموز 1985، CL. COLOMBET، المرجع عينه، رقم 354، صفحة 349.

(2) انظر Ch. JAMIN، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 15 كانون الأول 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة، G، II، 22205.

(3) النشرة المدنية، IV، رقم 333، صفحة 240؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G، I، 3744، ملاحظة M. BILLIAU؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1994، الطبعة IG، 3759، صفحة 203 وصفحة 204، ملاحظة M. CABRILLAC وPh. PÉTEL، اللذين يتساءلان حول تسويغ تحرير الكفيل بالنسبة إلى الفترة اللاحقة للتنازل؛ D.S.1994، صفحة 353، تعليق O. PLAYOUST. وكذلك M. PASTUREL, La jurisprudence de la Cour de cassation relative avec solutions de la procédure de redressement judiciaire، تقرير محكمة النقض، 1993، صفحة 77 وصفحة 78.

هذا الوضوح. وينبغي، فضلاً عن ذلك، أن يشار إلى غنى هذا التعليل الذي يتضمن حدود الاستدلال ونواحيه بدون إيراد قاعدة بفظاظة بدون تسويغ.

إذن لا يوجود هنا إنشاء عقد جديد وإنما تنازل حقيقي، أي استبدال متعاقد جديد في الوقت نفسه.

الفصل الثالث

الدعوى المباشرة

713 ـ تتيح الدعوى المباشرة امتداد قوة العقد الملزمة.

إنها إوالية تسمح للغير بالمطالبة ببعض مفاعيل قوة العقد الملزمة[1]، بدون تكوين تطبيق لمبدإ الحجية، عندما لا تكون على الإطلاق الدعم الضروري لفعالية العقد. وهذا المبدأ الذي أثار دراسات فقهية عديدة[2] تلقى تسمية الدعوى المباشرة، غير المجردة من اللبس[3]. وإنما كرسها العرف.

ويمكن، في تفضيل أول، بيان أن الدعوى المباشرة تتيح لدائن أن يصل، باسمه الشخصي ولحسابه، إلى الذمة المالية لمدين مدينه في حين أنه ليس ثمة أي رباط قانوني يربط بينهما[4].

---

(1) انظر G. FLATTBT, Les contrats pour le compte d'autrui، أطروحة في باريس، 1950، رقم 143، صفحة 191 وصفحة 192.

(2) للاقتصار على إيراد الأطروحات الأحدث انظر L. SERGENT, Étude sur les actions directes، أطروحة في باريس، 1903 ـ H. SOLUS, L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798 et 1794 du Code civil، أطروحة في باريس، 1914 ـ. R. DEBRAY, Privilèges sur les créances et actions directes، A. PLANCQUEEL, Contributions à l'étude des actions directes، أطروحة في باريس 1928 ـ. M. COZIAN, l'action directe، منشورات L.G.D.J، 1969، مقدمة A. PONSARD ـ Ch. JAMIN, La notion d'action .directe، منشورات L. G. D. J 1991، مقدمة GHESTIN، مصنف الاجتهادات الدوري، (1993)، V، L'action directe; Bréves réflexions sur un mécanisme correcteur: l'action directe en droit français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco - belges، بإدارة M. FONTAINE وJ. GHESTIN، منشورات L. G.D.J.، 1992، صفحة 263 وما يليها.

(3) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 22، صفحة 15، الذي يبين أن التعبير يعود إلى حقبة كان يجري فيها الخلط الإرادي بين الحق والدعوى التي لم تكن سوى بدء العمل. والحال أن هذه الدعوى لم تعد اليوم كيفية بدء العمل بالحق وإنما سلطة التوجه إلى القضاء (انظر المادة 30 من القانون الجديد للإجراء المدني). ومن العقلي أكثر الكلام على «حق مباشر». انظر في الاتجاه عينه G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, Les obligations، الجزء I، النظام، منشورات Sirey، الطبعة الثانية، 1989، رقم 156، صفحة 140.

(4) انظر R. DEBRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 55 ـ J. M. AUSSEL, Essai sur la notion de =

وبما أن المدين الوسيط (المدين المباشر للدائن حائز الدعوى المباشرة) والمدين الفرعي (المدين المباشر للدائن وهو بالنسبة إليه المدين الوسيط) مرتبطان بعقد، فإن الدعوى المباشرة تتيح لحائزها (وهو ما نسميه الدائن) الذي هو الغير بالنسبة إليه الإفادة من بعض المفاعيل الملزمة الناجمة عنها[1].

وعلى سبيل المثال بإمكان العامل، ضمن الشروط المحددة في المادة 1798 من القانون المدني[2]، والمقاول من الباطن، على أساس أحكام قانون 31 كانون الأول 1975[3]، أن يفرضا على صاحب العمل، باسمهما الشخصي ولحسابهما، دفع تكاليف الأشغال التي قاما بها لصالح المقاول الأصلي. كما أن مكتسب الملكية الثاني لمنتوج منقول يمكنه الإفادة باسمه الشخصي ولحسابه من ضمان نزع اليد أو العيوب الخفية تجاه البائع السابق الذي لم يتعاقد معه[4].

وتثير الدعوى المباشرة، التي تبدو أنها تصطدم بمبدإ المفعول النسبي للعقود المؤكد في المادة 1165 من القانون المدني، فوراً مسألة علة وجودها وأساسها القانوني، لماذا يستطيع حائزها الإفادة من بعض مظاهر قوة العقد الملزمة وكيف يمكنه ذلك في حين يبقى غيراً بالنسبة إلى هذا العقد؟ إن دراسة هذه المسألة التي أدت إلى جدال حاد تشكل السابق الضروري لتحديد مفهوم الدعوى المباشرة مع مجازفة البقاء في تعريف لا يعين مفاعيلها بدقة. وبعد ذلك فقط يصبح من الممكن دراسة مظاهرها في القانون الوضعي قبل تحديد نظامها العام.

= tiers en droit civil français، أطروحة في مونبلييه، 1951، رقم 304، صفحة 302.

(1) بعض الدعاوى المباشرة مقبول في حين أن المدين الفرعي والمدين الوسيط تجمعهما علاقة موجب مستبعدة عن أي عقد؛ وليس الأمر على هذا النحو، على سبيل المثال، بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي يحوزها، ضمن الشروط المحددة في المادة 699 من القانون الجديد للإجراء المدني، المحامون والوكلاء لكي يحصلوا، من الفريق الخاسر، المصاريف التي سلّفوها بدون استيفاء مقابل الوفاء.

(2) انظر الرقم 962 اللاحق.

(3) انظر الرقم 780 اللاحق وما يليه.

(4) انظر الرقم 793 اللاحق وما يليه.

القسم 1

مفهوم الدعوى المباشرة

714 ـ للدعوى المباشرة المتناقضة مع مبادىء نسبية الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين أساس غامض.

يأخذ قسم كبير من الفقه المعاصر المرتكز على تحليل السيد Cozian[1] أيضاً بأن الدعوى المباشرة التي تماثل بالدعوى المباشرة للإيفاء وحدها[2] ليس لها سوى أساس قانوني[3] عندما تشكل استثناء لمبادىء نسبية الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين وكذلك في القانون للعام للدعوى غير المباشرة (oblique).

إن الدعوى المباشرة، إذ تتيح للدائن أن يصل مباشرة إلى ذمة المدين الفرعي المالية بدون مرور دينه عبر ذمة المدين الوسيط المادية خلافاً لأحكام المادة 1166 من القانون المدني، تجنّب أيّ اشتراك بين دائني هذا المدين الوسيط وهكذا يتمتع حائزها بحق تفضيل

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، ولاسيما رقم 59 وما يليه.

(2) انظر الرقم 727 اللاحق حول أسباب هذه المماثلة.

(3) انظر بين المؤلفات العامة B. STARCK, Obligations، 3، النظام العام، منشورات Litec، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H. ROLAND et L.BOYER، رقم 547، صفحة 311 ـ J. FLOUR et J.L.AUBERT Les obligations, l'acte juridique، منشورات Armand Colin، الطبعة الخامسة، 1991، تأليف J.-L AUBERT، رقم 454، صفحة 366 .ـ H - L. et J.MAZEAUD et FCHABAS, Leçons de droit civil، الجزء II، المجلد الأول، الموجبات ـ النظرية العامة، منشورات Montchrétien، الطبعة الثالثة، 1991، تأليف F. CHABAS، رقم 802، صفحة 925 ـ A. BENABENT, Les obligations، منشورات ـ Montchrétien، الطبعة الثالثة، 1991، رقم 222، صفحة 118 ـ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ، المرجع عينه؛ قارن بـ F. TERRÉ, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, Les obligations، موسوعة Dalloz، الطبعة الخامسة، 1993، رقم 1090، صفحة 825 ـ Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Cours de droit civil، الجزء VI، الموجبات، منشورات Cujas، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 1044، صفحة 594 ـ Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات ـ العقد، منشورات Economica، الطبعة الثانية، 1990، رقم 795، صفحة 857، وما يليها، وهو لا يعترف بأساس قانوني إلا للدعاوى المباشرة «الأحادية الجانب» وحدها.

يشذ عن أحكام المادة 2093 من القانون المدني التي تحدد مبدأ المساواة بين الدائنين. كما أن الدائن الذي يقاضي المدين الفرعي مباشرة يتمسك تجاهه بنصوص العقد الذي لم يشارك مطلقاً في تكوينه وهي تخالف القاعدة العامة المحددة في المادة 1165 من القانون المدني.

على أن بعض الأعمال الحديثة بينت أن قبول الدعوى المباشرة كان مستمداً من عمل اجتهادي جريء أكثر مما هي ستمدة من إرادة المشترع[1] إلى درجة أن واضعي تقرير محكمة النقض لعام 1988 قبلوا «بالاستقلال عن الأحكام التي تنص على الدعوى المباشرة»، أن الاجتهاد ساهم في انشاء بعض الدعاوى المباشرة استناداً، كما أشاروا إلى ذلك، إلى ضيق رباط التلازم الذي يجمع بين الدين (له) لحائز الدعوى والدين (له) للمدين[2].

إن تردداً كهذا بالنسبة إلى دوري القانون والاجتهاد في إعداد مفهوم الدعوى المباشرة[3] وكذلك التساؤل الذي يثيره الاعتراف بالدعوى المباشرة رغماً عن المبادىء القانونية للمساواة بين الدائنين، يفرضان استعادة التحليل التاريخي للإوالية قبل تحديد طبيعتها القانونية.

الفقرة 1 ـ ظهور الدعوى المباشرة وانتشارها

715 ـ تبنى الفقه المدني على التوالي ثلاثة مواقف تحدد ثلاث مراحل بغير اتقان وتفسر بروز الدعوى المباشرة وانتشارها.

I ـ النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة

716 ـ سنرى أولاً، بعد أن بينا الشروط التي تقبل فيها الدعوى المباشرة، كيف سوّغ الاجتهاد هذا القبول ثم لأي أسباب تم رد التسويغ المقدم تدريجاً.

أ ـ قبول الدعوى المباشرة.

717 ـ الاعتراف الأولي بالدعوى المباشرة.

مع أن المظاهر الاجتهادية الأولى للدعوى المباشرة من الصعب تأريخها بدقة، ولاسيما تلك التي تتناول مصاريف وكيل الفريق الرابح في شأن الدعوى ضد الفريق الخاسر[4]، فهي تعود إلى حقبة سابقة لقانون الإجراء المدني.

---

(1) B. TEYSSIÉ, Les groupes de contrats، منشورات L.G.D.J، 1973، مقدمة J-M. MOUSSERON، رقم 476، وما يليه ـ J. NERÉT, Le sous - contrat، منشورات L.G.D.J، 1979، مقدمة P. CATALA، رقم 433، صفحة 313. وكذلك بالنسبة إلى دعوى الضحية المباشرة للإيفاء ضد المؤمن، المسؤولية: مفاعيلها، رقم 414، صفحة 536.

(2) تقرير محكمة النقض، 1988، صفحة 227 وما يليها، رقم 5.

(3) انظر بصورة خاصة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه.

(4) MERLIN, Répertoire universel et raisonné de jurisprudence، الجزء III، الطبعة الرابعة، 1812، =

وبالمقابل يبدو من الثابت[1] أن المفهمة الفقهية للإوالية وجدت مصدرها بريشة Duranton الذي كتب في عام 1820، بعد أن استشهد على سبيل المثال بالمواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني وكذلك بدعوى المودع ضد الوديع الفرعي لاسترداد الوديعة، «بإمكان الدائن، في بعض الحالات، أن يقاضي، باسمه ضد الغير، مدين المدين المحجوز لديه، ولدعواه المفعول ذاته كما لو كانت ناشئة مباشرة عن عقد بينه وبين الغير المحجوز لديه[2]».

718 ـ ليس منشأ الدعاوى المباشرة المقبولة في القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين قانونياً حصراً.

وهكذا، كما بيّن على نحو رائع Solus[3]، لم يكن موضوع مختلف المواد التي استشهد بها Duranton إنشاء دعوى مباشرة للإيفاء قبلها الاجتهاد مع ذلك لاحقاً.

وقد نتجت صيغة المادة 1753 التي لم تكن واردة في المشروع الأولي لمدونة قوانين نابوليون عن نقاش أطال جدالاً سابقاً وتم في مجلس الدولة حول امتداد حق رهن المؤجر على المنقولات التي تؤثث الأماكن المؤجرة. وفي ذهن واضعيها كانت المادة 1753 تشكل تحديداً لامتياز المؤجر على منقولات المستأجر من الباطن بمنع حجز ما للمدين لدى الغير أكثر من المبلغ الذي لم يسدده هذا المستأجر لشريكه في التعاقد[4]. ولم تر محكمة النقض في هذه المادة، التي فسرتها أولاً وفقاً لروحيتها[5] بتأثير الرئيس Troplong[6]، دعوى مباشرة للإيفاء يمكن أن يمارسها المؤجر ضد المستأجر من الباطن لقسم من الإيجار الذي لم يسدده المستأجر[7].

= صفحة 729 وما يليها والإسنادات العديدة المستشهد بها ـ DU ROUSSEAU DE LA COMBE, Recueil de la jurisprudence civile du pays de droit écrit et coutumier، الجزء II، الطبعة الثالثة، 1756، صفحة 78.

(1) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 136، صفحة 185.

(2) Traité des contrats et des obligations en général، الجزء II، صفحة 34.

(3) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 116 وما يليه.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 17، صفحة 12.

(5) حكم غرفة العرائض، 2 نيسان 1806، والنقض المدني، 2 آب 1806 وقد استشهد بهما H. SOLUS، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 137، صفحة 187 ـ النقض المدني، 26 شباط، Sirey 17، 1، صفحة 420 وكذلك MALEVILLE, Analyse raisonnée de la discussions du code civil .، الجزء III، الطبعة الثالثة، 1822، صفحة 389 وما يليها.

(6) أخذ هذا المؤلف قبل ذلك، في مطوّله De l'échange et du lauage، (الجزء II، 1840، رقم 538، صفحة 322)، بأن المادة 1753 أنشأت دعوى مباشرة للإيفاء. انظر أيضاً: H. Solus، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 140 وما يليه، الذي يرى أن الفقهاء الذين كانوا أساس مفهوم الدعوى المباشرة أتاحوا بعد ذلك نجاح تحليلهم عندما كانوا أو أصبحوا (مثل Tropplong المسمى أول رئيس لمحكمة النقض في عام 1852) الممارسين المؤثرين.

(7) النقض المدني، 24 حزيران 1853، Dalloz الدوري 53، 1، صفحة 124؛ 1، صفحة 321 ـ 2 تموز 1873 Sirey، 1، صفحة 323 ـ 13 كانون الثاني 1892، S.92، 1، صفحة 89.

ونادراً ما قدمت الأعمال التحضيرية بياناً حول مدى المادة 1798. بيد أن صمت واضعي مدوّنة القانون نفسه يتيح التفكير[1] في أن نصها كان يعمم الحل الوارد في الإعلان الملكي في عام 1747 المتعلق ببناء السفن الذي يتيح للعمال الوصول إلى صاحب العمل عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير وفي حدود ما يتوجب عليه لهم. وإذا كان بعض أحكام قضاء الأساس يستوحي إعلان عام 1747 القبول أن المادة 1798 تنشىء دعوى غير مباشرة[2]، فقد تم القبول بسرعة كبيرة أن هذا النص لا يمكن أن يشكل ترداداً غير مفيد للمادة 1166[3] وينشىء دعوى مباشرة للإيفاء لصالح العامل الذي تمتع بها تعفيه من ممارسة حجز ما للمدين لدى الغير[4].

أما نص الفقرة الثانية من المادة 1994 من القانون المدني فيبدو[5]، بصورة أساسية بسبب عادات تلك الحقبة، ان استخدام تعبير «دعوى مباشرة» يحيل إلى دعوى الوكالة المباشرة في القانون الروماني[6] حيث يغدو الوكيل المستبدل الذي حل محل الوكيل مدين الموكل، وليس إلى الدعوى المباشرة كما جرى فهمها بعد ذلك. بيد أن الاجتهاد بعد نصف قرن من وضع القانون المدني رأى فيها دعوى الموكل المباشرة للإيفاء ضد الوكيل المستبدل مماثلة لدعوى المادتين 1753 و1798[7].

---

(1) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 130، صفحة 124 رقم 123، صفحة 163، ويستشهد المؤلف بحكم المجلس النيابي في باريس بتاريخ 19 كانون الأول 1781 الذي قضى بأن العمال، إذا أرادوا مقاضاة صاحب العمل، يشتركون مع دائني المقاول الأخيرين.

(2) حكم محكمة استئناف روان، 31 أيار 1826 وحكم محكمة استئناف كان .21 أيار 1827 اللذان استشهد بهما ـ D. et A. DALLOZ, Répertoire méthodique et alphabétique de législation et de jurisprudence، الجزء XVIII، 1850، V القانون البحري رقم 256 ـ 1 و2 ـ. حكم محكمة استئناف اميان، 10 نيسان 1839، D.P.40، 2، صفحة 41 ـ حكم محكمة استئناف تولوز، 5 شباط 1845، S. 45، 2، صفحة 279.

(3) انظر M. TROPLONG، المرجع عينه، الجزء III، 1840، رقم 1048، صفحة 258.

(4) انظر بالنسبة إلى الأحكام الأولى لمحكمة النقض، 13 نيسان 1833، S. 33، 2، صفحة 537 ـ حكم غرفة العرائض، 18 كانون الثاني 1854، Sirey 54، 1، صفحة 441؛ Dalloz الدوري 45، 1، صفحة 121 ـ النقض المدني، 11 حزيران 1861، Sirey 61، 1، صفحة 878 ـ 12 شباط 1866، Sirey 66، 1، صفحة 94 ـ 11 آذار 1867، Sirey 67، 1، صفحة 429. إضافة إلى: حكم محكمة استئناف Douai، 30 آذار 1833، Sirey 33، 2، صفحة 536؛ Dalloz الدوري 34، 2، صفحة 72.

(5) انظر H. SOLUS، الإطروحة المذكورة سابقاً، رقم 131، صفحة 177، الذي يستند إلى مقولة Tribun Bertrand de Greuille التي استشهد بها FENET، في Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil، الجزء XIV، 1827، صفحة 609 وصفحة 610.

(6) GUYOT, Répertoire de jurisprudence، الجزء XXXVIII، 1780، V الوكالة، الذي يعرّف دعوى الوكالة المباشرة بأنها «الدعوى المباشرة التي يطلب فيها الموكل إدانة الوكيل الذي لم يقم، بدون سبب مشروع، بالمهمة التي أنيطت به، بالعطل والضرر الناجمين عن عدم تنفيذ تعهده».

(7) حكم محكمة العرائض، 20 نيسان 1859، Sirey 59، 1، صفحة 298؛ Dalloz الدوري 59، 1، صفحة 263 ـ النقض المدني، 22 آذار 1975، Dalloz الدوري 75، 1، صفحة 464 ـ أول كانون الأول 1896، Dalloz الدوري 97، 1، صفحة 561.

وأكثر من ذلك ليس للدعاوى المباشرة الأخرى المقبولة خلال القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين منشأ قانوني بحت.

ويبدو أن قضاء الأساس، إذ تحدد المادة 4 من قانون 9 نيسان 1898 نظام أخذ المستخدِم على عاتقه النفقات الطبية والصيدلية التي تكبدها العامل، الذي جرت مراجعته أجاز للصيادلة والأطباء التوجه مباشرة إلى صاحب العمل لتسديد تسليفاتهم، إلى درجة أن المادة 4 الجديدة كما عدلها قانون 31 آذار 1905 التي تنص على أن «بإمكان الأطباء والصيادلة أو المؤسسات الاستشفائية مقاضاة صاحب المؤسسة مباشرة» لأنها استعادت الاجتهاد القائم، جرى تبنيها بدون صعوبة[1].

وقد نظم، في المادة الضريبية، مرسوم 5 ـ 18 آب 1791[2] تجميد مبلغ الدين بين أيدي الوديعين العموميين للأموال حتى الدفع الكامل للضريبة من قبل حائز الدين، مع إعطاء هؤلاء الوديعين مجرد الإمكانية في أن يدفعوا مباشرة إلى الخزينة المبالغ التي كانت متوجبة لها ومع أنه لم تحدد أي قاعدة الطريقة التي تحجز الخزينة بموجبها المال الموجود في حوزة الوديع، فإن الاجتهاد أعطاها، بدون أن يقول ذلك صراحة، الإفادة من دعوى مباشرة للإيفاء، لأن هذه الدعوى، بشكل أساسي، بدت الوسيلة الوحيدة لتجنب تجميد الدين أبدياً[3].

وأخيراً إذا كان نص قانون 12 تشرين الثاني 1808 الذي يحدد من الأصل نظام إخطار الغير المدين[4] يقترب من الإوالية السابقة فهو يختلف عنها من من جهة أولى بكونه لا يستهدف وديعي الأموال العمومية وحدهم، ومن جهة ثانية، بأنه لم يضع نظام تجميد الدين. كما أن الاستدلال المعتمد سابقاً تتعذر استعادته وقبول دعوى مباشرة أصلية للإيفاء من قبل محكمة النقض[5] أمكنه الارتكاز على التباس تحرير النص وعلى الطابع المطلق للامتياز المعترف به للخزينة في تلك الحقبة وعلى اعتبارات من الانتظام العام كانت تمنع الجابي الاحتفاظ بالأموال لمدة طويلة جداً[6].

غير أن غياب الطابع القانوني حصراً للدعوى المَباشرة يظهر بصورة خاصة في مادة تأمين المسؤولية.

---

(1) انظر .1905D، IV، صفحة 107، التعليق 7. ينبغي بيان أن اقتراح تعديل يهدف إلى إضافة ما يلي إلى المادة الجديدة «أو إذا كان ثمة تأمين، والمؤمَّن هو المحاسب شخصياً تجاه الصيدلي والطبيب» لم يعرض على التصويت.

(2) نص هذا المرسوم الاشتراعي هو داخل اليوم في المادة L.265، من الجزء المتعلق بالإجراءات الضريبية.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 45. أنه استدلال مماثل استخدمه الفقه والاجتهاد في مادة تأمين المسؤولية. انظر الرقم 724 اللاحق.

(4) نص هذا المرسوم الاشتراعي هو داخل اليوم في المادة 262 ـ L من الجزء المتعلق بالاجراءات الضريبية.

(5) النقض المدني، 21 نيسان 1819، يوميات الجلسات، 1819، صفحة 270، طلبات MOURRE.

(6) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 63، صفحة 46 وما يليها. أضف إلى ذلك: حول تاريخ الدعوى المباشرة في المادة الضريبية، R. FROGER, Le privilège du Trésor en matière de contributions directes، أطروحة في باريس، 1934، رقم 112 وما يليه.

وقد طرحت في الربع الأخير من القرن التاسع عشر مسألة الاعتراف بدعوى مباشرة لكي يدفع الضرر للضحية ضد مؤمِّن المسؤولية مع حدَّة خاصة في مجالات التأمين ضد الحريق والتأمين ضد حوادث العمل.

ورغماً عن المحاولات الفقهية والاجتهادية العديدة التي تنزع إلى الاعتراف للضحية بإمكانية المقاضاة مباشرة للإيفاء ضد المؤمِّن في مجالات تأمين المخاطر الإيجارية والتأمين ضد الرجوع على الجيران، لم تقبل محكمة النقض بهذا التأمين قبل قانون 19 آذار 1989. وإذ اكتفت مادته الأولى بتنظيم تجميد الدين بين يدي المؤمن طالما لم يتم إرضاء الضحية، رفضت محكمة النقض في أول الأمر أن ترى فيها الاعتراف بدعوى مباشرة[1] قبل أن تعود إلى تحليلها في عام 1911[2]، ولو كان هذا الاعتراف ضمنياً وهذا الحكم حسم جدالاً حامياً يتعلق بنقل احتمالي للامتياز أو الرهن العقاري في شأن المال التالف إلى تعويض التأمين بإعطاء دائن الرهن العقاري أو صاحب الامتياز دعوى مباشرة للإيفاء ضد المؤمِّن.

وحت تزايد عود حوادث العمل في القرن التاسع عشر المستخدِمين على الاكتتاب بما كان يسمى التأمين الجماعي المركب[3] الذي يجمع بين تأمين تعويض أجاز قضاء الأساس في شأنه بدعوى مباشرة للإيفاء للعمال ضد شركات التأمين، وتأمين المسؤولية الذي لم يكن يجيز مطلقاً، حسب محكمة النقض[4]، ممارسة دعوى كهذه بسبب المفعول النسبي للاتفاقيات. وقد وضع قانون 9 نيسان 1898 الشهير الذي يلقي على عاتق رب العمل بقوة القانون مسؤولية بسبب حوادث العمل التي تصيب عماله[5] نهاية لهذا النظام واعترفت محكمة النقض[6] بأن العامل بإمكانه ممارسة دعوى مباشرة للإيفاء ضد المؤمِّن استناداً إلى المادة 16 من قانون 31 آذار 1905[7]. بيد أنه يبدو مرة أخرى أن الحل المعتمد لم يكن سوى استعادة اجتهاد سابق تكوّن بين عامي 1898 و1905[8].

---

(1) النقض المدني، 5 كانون الأول 1899، Dalloz الدوري 1901، 1، صفحة 457، تعليق E.THALLER.

(2) النقض المدني 12 تموز 1191، Dalloz الدوري 1912، 1، صفحة 81، تعليق Sirey; M. PLANIOL 1915، 1، صفحة 145، تعليق E. NAQUET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1912، صفحة 517، ملاحظة R. DEMQGUE.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 86 وما يليه.

(4) النقض المدني، 23 تموز 1884، Dalloz 85، 1، صفحة 168 ـ حكم غرفة العرائض، 9 كانون الثاني 1899، Sirey 99، 1، صفحة 344.

(5) انظر P. PIC Traité élémentaire de législation industrielle - Les lois - ouvrières، الطبعة الثانية، 1903، رقم 1036 وما يليه والإسنادات العديدة جداً المستشهد بها.

(6) حكم غرفة العرائض، 19 تشرين الأول 1908 والنقض المدني، 5 كانون الثاني 1910، Dalloz الدوري 1910، 1، صفحة 57، تعليق P. DUPUICH.

(7) كانت هذه المادة تنص على أن رئيس المحكمة يدعو الضحية والمؤمِّن إلى الحضور، لمحاولة التوفيق بينهما، والحكم الذي يحدد الدخل «يعين أن المؤمِّن يستبدل برئيس المؤسسة (...) حيث يلغي أي رجوع للضحية على رئيس المؤسسة».

(8) انظر Dalloz الدوري 1905، IV، صفحة 113، رقم 20 في نهايته والتعميم الوزاري في 3 أيار 1905.

ويبقى مثال قانون 28 أيار 1913 الأكثر مدلولاً. فقد وضع القانون المادة الجديدة 2102 ـ 8 من القانون المدني التي، بعد أن منحت ضحية حادث امتيازاً على التعويض الذي يجب أن يستوفيه، جمدت الدين بين يدي المؤمِّن بالنص على أن «أي دفع للمؤمَّن لن يكون محرراً طالما لم يتم إرضاء الدائنين المتمتعين بامتياز». غير أنه من الأكيد أن المشترع لم يكن يتوخى على الإطلاق إعطاء دعوى مباشرة للإيفاء لصالح الضحية، وبالفعل ينجم بوضوح عن الأعمال التحضيرية أن مجلس الشيوخ لم يأخذ بالمشروع إلاّ بعد أن تلقى تأكيد المقرر القاطع بأنه لم تكن لديه نية إعطاء دعوى مباشرة لصالح الضحية[1]. والتحليل الذي اتبعه قضاء الأساس[2] أدانته محكمة النقض مع ذلك إذ أخذت في عام 1926 بأن «لضحية حادث، في الحق الخاص الذي أعطاها القانون إيّاه، دعوى مباشرة(. . .)»[3].

ب ـ تسويغ الدعوى المباشرة.

719 ـ الشعور بالاعتداء على الإنصاف هو الذي كان في أساس الدعوى المباشرة.

يظهر بوضوح أن منشأ المظاهر الأولى للدعوى المباشرة ليس عمل المشترع. فقد تحدرت إمّا من ممارسة اجتهادية قديمة وإمّا من تفسير جبان للنصوص التي لا يستوجب أي منهما بالضرورة الاعتراف بالإوالية. كان ينبغي إذاً أن تدفع هذه الاعتبارات القوية الفقه والاجتهاد إلى قبول وجودها.

وباستثناء الدعوى المباشرة المعطاة للخزينة عن طريق إخطار الغير الحائز التي تفسر بشكل أساسي باعتبارات الانتظام العام[4]، نادى الفقه المدني بقبول الإوالية، وكان ذلك دائماً بإثارة الاعتداء على الإنصاف الذي ينتج عن تطبيق مبدإ نسبية العقود.

وهكذا ترتكز دعوى استبعاد مصاريف الوكيل المختص بالدعاوى والوكيل (avoué) على حماية «المحتاج واليتيم»[5]. فالوكيل بتسليف زبونه مصاريف الإجراء ينجز عملاً «مفيداً للجمهور والمواطنين الفقراء الذين لولا هذا المورد لكانوا محرومين ممن يدافع عنهم»، كما اعترفت بذلك المحكمة الامبراطولية في باريس في عام 1806 قبل قبول «أنه جرى، في

---

(1) انظر Sirey 1913، القوانين المشروحة، صفحة 458 والتعليق 2.

(2) حكم محكمة استئناف كان، 19 أيار 1925، مجلة قصر العدل، 1925، 2، صفحة 329 ـ حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الأول 1925، مجلة قصر العدل، 1925، 1، صفحة 117.

(3) 14 حزيران 1926، Dalloz الاسبوعي 1926، صفحة 393؛ D.1927، 1، صفحة 57، تقرير A. COLIN، تعليق I. JOSSERAND.

(4) انظر الرقم 718 السابق. إذا لم تكن ثمة بيانات إلاّ في النادر حول الدعوى المباشرة للخزينة ضد وديعي الأموال العمومية، يبدو مع ذلك أنه بالإمكان بناء الاعتراف بها على اعتبارات مشابهة.

(5) إن التعبير هو للسيدة AUBERT - DUBOURG التي استشهد بها السيد MERLIN، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الخامسة، صفحة 629.

جميع الأزمنة، تطبيق استبعاد جميع العقبات التي يمكن أن تمنع مفعول استبعاد المصاريف»[1].

وقد كتب Demolombe، لتسويغ الدعاوى المباشرة المتحدرة من القانون المدني بالإنصاف، أن «الدائنين الذين يعطيهم القانون دعوى مباشرة ضد مدين مدينهم لكي يستوفوا حقهم بالتفضيل على ضميرهم، كما نقول، هم بالضبط دائنو هذه القيمة! ـ وهم الذين وضعوها في ذمة مدينهم المشترك المالية ـ وأن الدائنين الآخرين بالتالي أثروا حقاً بمضرّتهم، إذا تم الدفع لهم على أساس هذه القيمة قبل إيفاء الذين تعود إليهم مسبقاً»[2]. ولا شك في أن العامل أثرى المقاول. ولكنه أفاد صاحب العمل بتحسين الشيء. ويجب أيضاً أن يكون في مواجهة صاحب العمل الذي هو دائنه الحقيقي[3]. أما المستأجر من الباطن فهو يستفيد من المالك في السكن بإشغال الأمكنة[4]. وبما أنه يتمتع بما له «فمن العدل أن يستوفي هذا المالك بدل الإيجار من الباطن بالأفضلية على دائني المستأجر الأصلي»[5].

وظهر فوراً في مادة تأمين المسؤولية، أن المؤمَّن، تطبيقاً للقانون العام، لم يكن أمامه سوى ممارسة دعوى غير مباشرة (oblique) ضد مؤمِّن المسؤول ومقاسمة الإفادة من دعواه مع الدائنين الآخرين مع هذا المسؤول في فرضية إعساره. وقد تساءل قسم من الفقه حول القيمة المعنوية لوضع كهذا. فاندهش في أول الأمر من الإثراء الممكن للمسؤول الذي بإمكانه، وقد قبض التعويض وأصبح غير مليء قبل إرضاء الضحية، الحصول على صلح بأن لا يدفع سوى قسم من ديونه والاحتفاظ سراً بقسم من المبلغ المعد للتعويض على الضحية[6]. كما ظهر إثراء دائني المؤمَّن الآخرين طالما عندما كان تطبيق القانون العام يجيز لهم الإفادة من مبلغ تعويض معدّ للتعويض عن الضرر الذي أصاب الغير. وقد كتب أحد المؤلفين الذي لخص التحليل الفقهي ما يلي: «إن هؤلاء [الدائنين] سيستفيدون من ضرر تحمله آخر

---

(1) 14 حزيران 1806، استشهد به السيد MERLIN، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الخامسة صفحة 630.

(2) Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général، الجزء II، الطبعة الثانية، 1871، رقم 139، صفحة 144، وكذلك Ch. JAMIN، المرجع عينه، رقم 21، صفحة 15 وما يليها، والإسنادات المستشهد بها.

(3) Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه رقم 139، صفحة 145. وكذلك M. TROPLONG، المرجع عينه، الجزء III، رقم 1049، صفحة 259 ـ انظر V. MARCADE, Explication théorique et pratique du Code Napoléon، الجزء VI، الطبعة السادسة، 1868، صفحة 550.

(4) انظر V. MARCADE، المرجع عينه، صفحة 496، والإسنادات المستشهد بها ـ M. TROPLONG، المرجع عينه الجزء II، رقم 538، صفحة 322.

(5) A. DURANTON, Cours de droit civil français suivant le Code civil، الجزء XVII، 1844، رقم 161، صفحة 159.

(6) انظر P. DUPUICH، تعليق على حكم النقض المدني، 30 تشرين الأول 1906، Dalloz الاسبوعي 1908، 1، صفحة 267. ـ R. MERLATEAU, De l'assurance contre le recours des voisins، أطروحة في باريس، 1902، صفحة 99.

ولإثرائهم شيء لا أخلاقي طالما أن لهم مصلحة في أن يروا الحادثة تقع» لكي يخلص إلى القول، على أساس القانون العام، إن القانون كان هنا في خلاف تام مع الإنصاف»[1]. والبرهان الذي جرى تقديمه، من وجهة نظر عامة، استعيد في مادة التأمين ضد الحريق[2] وفي ما يختص بالتأمين الجماعي المركب[3].

720 ـ يتيح وجود رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي، بالنسبة إلى فقه القرن التاسع عشر، قبول دعوى مباشرة.

الاعتداء على الإنصاف وحده، بالنسبة إلى فقه القرن التاسع عشر، لا يكفي لقبول وجود دعوى مباشرة للإيفاء بسبب المبدإ القائم في تلك الحقبة للمفعول النسبي للاتفاقيات. وبالتالي ترتكز الوسيلة الوحيدة لعدم الاصطدام بصلابة المادة 1165 من القانون المدني على إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي.

وتتم العملية، في ما يتعلق بمواد القانون المدني، في زمنين ويدعي الفقه في أول الأمر، وهو يرتكز على تحليل نحوي ومنطقي للنصوص[4]، ان المقنن أراد بالتأكيد أن ينشىء في المواد 1753 و1798 و1994، مظاهر مختلفة للدعوى المباشرة مع المجازفة، في الحالة السلبية، في أن يكون قد أدخل في القانون المدني مجرد تكرار لا فائدة منه للمادة 1166. «يتعذر الافتراض من أجل عزة المشترع أنه دبّر بسخف أن ينسخ ثانية المادة 1166»، هذا ما كتبه Troplong[5]. إن وهم الإرادة هذا الذي يفضل تفسيراً أكثر جبناً للنصوص أتاح فيما بعد إقامة رباط قانوني يجعل الغير وهو العامل أو المستأجر من الباطن المدين الشخصي لدائن دائنهما الخاص[6]. وهكذا كانت الدعوى المباشرة للعمال مسوّغة في أول الأمر بأنهم أداروا قضية صاحب العمل[7]، في حين أن الفقه، والبرهان التقني وبرهان الإنصاف مختلطان، بنى الدعوى المباشرة للمالك ضد المستأجر من الباطن على إشغال الأمكنة المؤجرة[8].

---

(1) L. SERGENT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 143.

(2) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 50 ورقم 76 صفحة 57.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 86، صفحة 64.

(4) انظر حول هذا الأسلوب المدخل العام، رقم 144، صفحة 104.

(5) المرجع عينه، رقم 1048، صفحة 258.

(6) بالفعل كتب J.M. BOILEUX (Commentaire sur le Code civil، الجزء III، الطبعة الخامسة، 1844، صفحة 391) «ليس للعمال، في صلابة القانون، مدينون آخرون سوى من يستخدمهم».

(7) انظر L. LAROMBIÈRE, Théorie et pratique des obligations، الجزء II، 1857، صفحة 201، رقم 27 ـ Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 139، صفحة 145 ـ M. TROPLONG، المرجع عينه رقم 1049، صفحة 259 ـ V. MARCADE، المرجع عينه صفحة 550.

(8) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 139، صفحة 144 ـ L. LAROMBIÈRE، المرجع عينه، صفحة 496 ـ M. TROPLONG، المرجع عينه، رقم 538، صفحة 322. وكذلك النقض المدني، 13 كانون الثاني 1892، Sirey 92، 1، صفحة 89.

واستعيد البرهان بالنسبة الى دعوى استبعاد المصاريف في حين أن المادة 133 من قانون الإجراء المدني لعام 1807 التي استعادت التقليد القديم تعطي الوكيل دعوى مباشرة للإيفاء. وقد انقسم الفقه الذي لم يستسلم لتعسف القانون حول تحديد أساس الدفاع عن مفهوم التنازل عن العقد أو الإنابة التامة أو الفضول أو الوكالة[1].

وما زال الجدال أكثر شدة في مادة التأمين ضد الحريق. ولم يقترح الفقه والاجتهاد في ظل القانون العام أقل من عشرة تفسيرات لتسويغ وجود رباط قانوني بين الضحية والمؤمّن[2]، بدون أن تهدّىء الإصلاحات المتعاقبة حدتها[3]. وقد قبل الاجتهاد أخيراً في مادة التأمين الجماعي المركب دعوى العامل المباشرة ضد المؤمِّن في نظام التأمين ـ التعويض، بالأخذ بأن رب العمل تصرف كفضولي[4].

721 ـ وجود رباط قانوني يسوّغ قبول الدعوى المباشرة ودعوى ضمان المستأجر من الباطن في المبيعات المتعاقبة تماثل بدعوى مباشرة.

طرحت مسألة قبول دعوى مباشرة لضمان نزع اليد أو العيوب الخفية لصالح مكتسب الملكية الثاني في التعابير ذاتها كما في مادة إيفاء مبلغ من العملة[5].

وليس في وسع مكتسب الملكية الثاني، إذ يأخذ القانون الروماني بأن الدعوى لم تكن تنقل بقوة القانون من شخص إلى آخر، في غياب تنازل صريح، إلاّ أن يتوجه إلى شريكه في التعاقد. ولم ينتقل هذا الإرث إلى القانون القديم كاملاً. وإذا كان بعض المؤلفين يستمر في الأخذ بأن غياب رباط قانوني بين المستأجر من الباطن والبائعين السابقين، فإن المستأجر من

---

(1) انظر بالنسبة إلى خلاصة لهذه التحاليل Pandectes françaises، الجزء XXXIV 1900 ، V المصاريف والنفقات، رقم 1036 وما يليه ـ E. GARSONNET et Ch. CEZAR - BRU, Traité théorique et pratique de la procédure civil et commerciale، الجزء III، القسم الثاني، المجلد 2، الطبعة الثالثة، 1913، رقم 804، صفحة 584 وما يليها.

(2) انظر بالنسبة إلى عرضهما، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 51 (تأمين المخاطر الإيجارية وضد مراجعة الجيران)؛ رقم 77، صفحة 58 (دعوى الدائنين المرتهنين العقاريين وأصحاب الامتياز).

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 73، صفحة 54 (تأمين المخاطر الإيجارية ضد مراجعة الجيران)؛ رقم 80، صفحة 61 (دعاوى أصحاب الامتياز والدائنين المرتهنين العقاريين).

(4) انظر عدا أحكام قضاء الأساس العديدة، النقض المدني، أول تموز 1885، Sirey 85، 1، صفحة 409، تعليق J-M. LABBÉ.

(5) إن موضوع الدعوى المباشرة، على عكس ما تمكن بعض المؤلفين من كتابته (L. AYNÈS, La cession de contrat، منشورات Economica، 1984، مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 156، صفحة 118) ليس إيفاء مبلغ من العملة فقط. وبالفعل يستطيع المستأجر من الباطن ممارسة دعوى فسخ البيع لعيب خفي ضد البائع السابق موضوعها الحصول على ما يعادل فسخ العقد. ومن هنا تفريقنا بين الدعوى المباشرة للإيفاء والدعوى المباشرة للمسؤولية التي ليست دعوى الضمان سوى إحدى كيفياتها.

الباطن لم يكن بإمكانه مقاضاة هؤلاء البائعين وكان آخرون، مثل Domat[1] وPothier[2]، قد قبلوا نقل دعوى الضمان بدون تنازل صريح معتبرين بشكل رئيسي أن الضمان يشكل تابعاً للشيء[3]. واستعاد فقهاء القرن التاسع عشر هذا التحليل الأخير إذ رأوا أنه يدخل المادة 1166 من القانون المدني[4] وأيدوا حكمين للمحكمة الملكية في بوردو قبلا أن دعوى ضمان نزع اليد تنقل لمكتسب الملكية الثاني الذي بإمكانه عندئذ ممارسة دعوى غير مباشرة (oblique) ضد البائع السابق[5].

بيد أن تياراً فقهياً هاماً أيد هذا الإصلاح أسف لبعض نتائجه المحزنة. فمكتسب الملكية الثاني، من جهة أولى، «لم يكن بإمكانه ممارسة ضمان بائعه في حالة عدم امتلاكه هذا الضمان»[6]. والمستفيد من الدعوى التي مارسها مكتسب الملكية الثاني باعتبارها داخلة في ذمة بائعه المالية يتقاسمها، من جهة ثانية، معه ومع دائني هذا البائع الآخرين إذا كان معسراً. وهذه النتيجة تصطدم بالإنصاف لأن «الضمان قائم فقط لمصلحة الشاري»[7]. وهكذا يدافع القسم الأكبر من المؤلفين عن مبدإ دعوى شخصية ومباشرة لمكتسب الملكية الثاني ضد البائع السابق على أساس النقل مع كل توابعه[8]. ولم تخترق هذه الأفكار الجديدة الاجتهاد

---

(1) Les lois civiles dans leur ordre naturel، الكتاب I، الباب II، القسم X، XXIX: «طلب الضمان يمكن أن يقدمه مكتسب الملكية أو ممثلوه، إما بصفة كلية أو بصفة خاصة؛ وهكذا يكون لوريث مكتسب الملكية أو الموهوب له، الحق عينه ويكون لمكتسب الملكية الثاني كذلك الحق عينه كممارس حقوق مكتسب الملكية الأول».

(2) Traité du contrat de vente in Œuvres de Poithier، الجزء III، الطبعة الثانية، تأليف M. BUGNET، 1861، رقم 148، صفحة 61: «هل بإمكان المشتري الثاني إذا عرض علي أن يترك لي ما يتوجب علي تجاهه أن يمارس مكاني ولصالحه الدعاوى الخاصة بي ضد البائع الأول لاسترداد الثمن (. . .)؟ يمكن الأخذ بذلك لأنه، عندما ابيع أحدهم شيئاً ما يفترض بي أن أبيعه وأن أنقل إليه جميع الحقوق والدعاوى التي تنزع إلى ان يصبح مالك هذا الشيء، وبالتالي دعوى المشتري بإثبات التزامات البائع action ex empto التي أملكها تجاه بائعي».

(3) قارن بـ DOMAT, Les loix civils dans leur ordre naturel، منشورات Litec، الكتاب I، الباب II، القسم V, X، الذي يرى أن «الضمان تتمة لعقد البيع».

(4) انظر M. TROPLONG, De la vente، الجزء I، 1836، الطبعة الثانية رقم 437، صفحة 662 وما يليها. A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 292 وصفحة 293. وكذلك DUVERGIER, Le droit civil français suivant l'ordre du Code، 1830، رقم 344، صفحة 412 وما يليها.

(5) حكم محكمة بوردو، 5 نيسان 1826، Sirey 27، 2، صفحة 6؛ Dalloz الدوري 26، 2، صفحة 177 ـ 4 شباط 1831، Sirey 31، 2، صفحة 138؛ Dalloz الدوري 31، 1، صفحة 85.

(6) A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 293.

(7) F. LAURENT, Principes du droit civil français، الجزء XXIV، 1877، رقم 229، صفحة 229 وصفحة 230.

(8) انظر A. DURANTON المرجع عينه، الجزء XVI، رقم 275، صفحة 293 وصفحة 294 ـ DUVERGIER، المرجع عينه، الجزء XVI، الفقرة 394، صفحة 412 وما يليها ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU, Cours de droit civil français، الجزء III، الطبعة الثالثة، 1856، الفقرة 355، صفحة 264 ـ

إلاّ حوالي نهاية القرن. ولا شك في أن محكمة النقض قبلت منذ عام 1820 أن مكتسب الملكية الثاني بإمكانه المقاضاة للضمان ضد البائع السابق في حين عقده ينكر عليه هذا الحق تجاه بائعه[1]. بيد أن الحكم استند الى المادة 1166، وكان لزوماً انتظار عام 1884 لتحكم محكمة النقض، مستخدمة مبدأ التابع، بوضوح[2].

إن الاعتداء على الإنصاف استناداً إلى مبدإ المفعول النسبي للعقود والقانون العام للدعوى غير المباشرة (oblique) وكذلك ضرورة رباط قانوني بين المدين الفرعي والدائن يشكل النقطة المشتركة بين الدعوى المباشرة للإيفاء ودعوى الضمان غير المباشرة. وهكذا كوّنت في تلك الحقبة فئة وحيدة[3].

ج ـ تقهقر التسويغ التقليدي للدعوى المباشرة.

722 ـ تقهقرت صورة الدعوى المباشرة كما رسمناها في بداية القرن العشرين بالمفعول المزدوج لظاهرتين: غياب الطابع المرضي لمختلف تسويغات الدعوى المباشرة المستخرجة من القانون المدني وقبول سلطة المشترع المتزايدة.

723 ـ لا يجيز القانون المدني إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي.

عدا الدعوى المباشرة للضمان التي لا يعارض أحد تفسيرها بمفهوم التابع، لم يعد أيّ من مظاهر الدعوى المباشرة للإيفاء إلاّ موضع اعتراض. ولم يعد أيّ من الإواليات المنحدرة من القانون المدني الذي كان يتيح إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي الذي يمكن أن يسوّغ وحده وجود دعوى مباشرة[4] يرضي مجموع الطائفة القانونية التي تعارض اختيار هذه الإوالية أو تلك.

= وصفحة 285 ـ L. LAROMBIÈRE، المرجع عينه، الجزء I، صفحة 706 وصفحة 707، رقم 28 ـ L. GUILLOUARD, Traités de la vente et de l'échange، الجزء I، الطبعة الثانية، 1890، رقم 228، صفحة 255، وصفحة 256؛ ورقم 320، صفحة 338، ورقم 452، صفحة 467 وصفحة 468 ـ T. HUC, Commentaire et pratique du Code civil، الجزء X، 1897، رقم 154، صفحة 209 ـ G. BAUDRY - LACANTINERIE et L. SEIGNAT, De la vente et de l'échange، الطبعة الثانية، 1900، رقم 229، صفحة 229 وصفحة 230.

(1) النقض المدني، 25 كانون الثاني 1820، Sirey 1820، 1، 213.

(2) النقض المدني، 12 تشرين الثاني 1884، Dalloz الدوري 85، 1، صفحة 357؛ Sirey 86، 1، صفحة 149 . ـ حكم نقض بلجيكي، 2 تموز 1886، Dalloz الدوري 88، 2، صفحة 5. وكذلك حكم محكمة استئناف Rennes، 9 نيسان 1870، Dalloz الدوري 72، 2، صفحة 110 (نقل الضمان العقدي).

(3) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، الجزء II، 1869، الطبعة الثانية، رقم 141، صفحة 147، الذي لا يدرس على حدة الدعاوى المباشرة للإيفاء والدعاوى المباشرة للضمان ويؤيد منطقياً توسيعاً للدعاوى المباشرة في جميع الحالات حيث يمكن أن يقوم رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي ـ Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء III، الفقرة 312، صفحة 86 والتعليق 40.

(4) انظر P. BEZIN, Essai sur la nature juridique de quelques actions dites indirectes، أطروحة في ليل، 1897، رقم 28، صفحة 26، الذي كتب: «إمّا موجب يربط الأول بالثاني وعندئذ تكون للأول ضد الثاني=

وأوصل غياب هذا التسويغ غير المنازع فيه إذاً إلى وضع طريق مسدود: لم يعد من الممكن تسويغ الدعوى المباشرة للإيفاء مع أنها أصبحت جزءاً مندمجاً من القانون الوضعي.

وتغير موقف الفقه، إما أنه اكتفى بالتحقق من الظاهرة، كواضعي مجموعة الفتاوى الفرنسية الذين بينوا، في صدد دعوى استرداد المصاريف وبعد أن درسوا ثم رفضوا مجموعة الإواليات التقليدية التي جرى استخراج دعوى الإيفاء لصالح الوكيل، منها، ما يلي: «إنه [أي الاسترداد] في الحقيقة (. . .) يولد، لصالح الوكيل، حقاً خاصاً، أي من نوع خاص، وحيداً وغير مسمى، كحظوة معطاة للوكلاء»[1]، وإذ نازع في المفهوم ذاته للدعوى المباشرة لإدخالها في إوالية أخرى، وإذا كانت هذه الإوالية غالبا توصف بالامتياز، فإن الجهد الفقهي الأبرز بقي فقه Solus الذي أخذ بأن الدعوى غير المباشرة للمواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني هي في الحقيقة تطبيق لمفهوم الإثراء بلا سبب[2].

وفي ظل استمرار ظاهري لتحليل القرن التاسع عشر أبرزت أطروحة Solus قطيعة عميقة جسدت النظرية «الشرعوية» للدعوى المباشرة[3]. ويرهن المؤلف البارز، بعد أن بيّن أن مواد القانون المدني التي درسها لم تستهدف أبداً إنشاء دعاوى مباشرة، أنه لا يمكنها، في أي حال من الأحوال، إنشاء دعاوى مباشرة وهي لا تشكل سوى تطبيق خاص لنظرية الإثراء بلا سبب. وهكذا قام Solus بقلب للتحليل بالنسبة إلى أسلافه. ففي حين أنهم اعترفوا بصفة الدعوى المباشرة ما دام أن الدائن كان مرتبطاً برباط قانوني بالمدين للفرعي، ينفي هو هذه الصفة أمام رباط كهذا. وبالمنازعة في صفة الإثراء بلا سبب تبقى من فرضية السيد Solus نموذجية جديدة: الدعاوى المباشرة بالمعنى الضيق هي الدعاوى التي لا تشكل نتيجة إوالية أخرى. والدعاوى الأخرى ـ الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع ـ مستبعدة من نظرية الدعوى المباشرة.

ولن تتم استعادة التحاليل المرتكزة على استبدال إوالية قانونية أخرى بالدعوى المباشرة، إذ يفضل الفقه على المنازعة الممكنة فيها تأكيد إرادة المشترع السيدة.

724 ـ أصبحت إرادة المشترع وحدها تتيح تسويغ وجود الدعوى المباشرة.

واجهت بداية القرن العشرين الذين استمروا في الأخذ بالتحليل التقليدي بالذين رأوا أن غياب التسويغ المستخرج من إوالية تقليدية يجب أن لا يمنع قبول دعوى مباشرة ما دام يجيز ذلك نص قانوني.

وفرضية Bézin، في هذا الشأن، وقد جرى اعتمادها في عام 1897، لها مدلولها

= دعوى ليست مباشرة بالضرورة، وإنّما بالعكس ليس ثمة أي رباط قانوني بين الأول والثاني ولا يعود ثمة مجال لإعطاء الثاني دعوى ضد الأول».

(1) المرجع عينه رقم 1054، صفحة 209.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170 وما يليه.

(3) انظر الرقم 725 اللاحق وما يليه.

بالنسبة إلى تغير الذهنية السائدة في تلك الحقبة. فقد تساءل المؤلف بعد أن أخذ بأن المادة 1753 من القانون المدني «لا تجعل من فرضية خاصة تطبيقاً للمبادىء»[1]، عما إذا كان نص القانون «ينظم موجباً لا تسوّغه المبادىء القانونية وحدها»[2] ثم خلص إلى القول، معارضاً Hue الذي كتب أنه «من الكيفي أن يستخرج من هذه المادة مبدأ دعوى مباشرة أساسها الوحيد إرادة المشترع»[3]، «لا نرى أيّ كيفي في قراءة القانون كما هو مكتوب، ونعتقد أننا مستعدون أكثر من اللازم لنسيان أن ثمة موجبات قانونية إلى جانب الموجبات الاتفاقية».

وتغلّبت الفئة الثانية بسرعة على الفئة الأولى للأخذ بأن الدعوى المباشرة يجب أن يكون لها أساس قانوني. ولم يعد من الضروري البحث عن إقامة رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي: بإمكان المشترع شرعاً مخالفة المبادىء القانونية المؤكدة في المواد 1165 و1166 و2092 من القانون المدني.

والمثال الأفضل على هذا المفهوم الجديد للدعوى المباشرة هو الذي قدمه تفسير قانون 28 أيار 1913[4]. فقد رأت فيه محكمة النقض في النهاية علامة دعوى مباشرة مصدرها قانوني[5] بدون إقامة رباط قانوني بين الضحية والمؤمِّن. ويمكن الافتراض أن محكمة النقض، التي لم تشأ أن تشارك الضحية في دعواها دائني المؤمِّن الآخرين[6]، وعن طريق تحليل نص القانون وحده الذي يجمد التعويض بين يدي المؤمِّن، لجأت إلى برهان الخُلْف للتخفيض[7] الذي عبّر عنه بشكل مدهش العميد Josserand: «ما دام أن المؤمِّن لا يستطيع فرض تسديد التعويض، فذلك يعني بالطبع أن الضحية لها الحق في المطالبة به قانونياً بدون المرور عن طريقه وإلاّ تجمد هذا التعويض إلى ما لا نهاية له في صندوق المؤمِّن، مما هو عبثي بكل بساطة ويسير في اتجاه مخالف لأمنية مشترع عام 1913 الذي توخى تأمين إرضاء الضحية بمضاعفة ضمانات الإيفاء لصالحه»[8]. وهكذا انتقل النقاش من تحديد الطبيعة القانونية للدعوى بالإسناد إلى مفهوم تقليدي نحو تفسير نصوص القوانين وحدها.

واصبحت الطريق مفتوحة أمام مفهوم للدعوى المباشرة مبني على النصوص القانونية وحدها.

---

(1) المرجع عينه رقم 58، صفحة 53.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62، صفحة 60.

(3) في Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances، الجزء I، 1891، رقم 207، صفحة 229.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) النقض المدني، 14 حزيران 1926 المذكور سابقاً.

(6) انظر تقرير A. COLIN، حول النقض المدني، 14 حزيران 1926، Dalloz 1927، 1، صفحة 60.

(7) Ch. PERELMAN, Logique juridique - nouvelle réthorique، الطبعة الثانية، 1979، رقم 33، صفحة 58.

(8) تعليق على حكم محكمة استئناف تولوز، 8 تشرين الأول 1928، وحكم محكمة استئناف ليون، 6 كانون الأول 1928، Dalloz 1930، 2، صفحة 1.

من الممكن، قبل التطرق إلى هذه المسألة، بيان أن دراسة النظرية التفسيرية للدعوى المباشرة، من وجهة نظر أعم، تكذب الرؤية المقبولة عموماً منذ بداية القرن العشرين «المدرسة التفسير» التي اكتفت بقراءة عبدية للنصوص لكي تبين، على العكس، النشاط الفكري للمؤلفين الذين كُتب عنهم بحق «ان القانون بالنسبة إليهم ليس سوى مرشد إلى هذا الهدف السامي الذي هو العادل»[1]، كما أنها تتيح، فضلاً عن ذلك، التعبير عن فرضية تقهقر هذه الحركة الفقهية التي تعود إلى استنفاد تفسيري داخلي بحت للمفاهيم المتحدرة من القانون المدني أكثر مما تعود إلى عدم الملاءمة بين نصوص القانون المدني والتغيرات الاجتماعية[2].

II ـ النظرية الشرعوية للدعوى المباشرة

725 ـ تقلص النظرية الشرعوية للدعوى المباشرة التي سبق أن سوّغنا بروزها هذه الدعوى إلى أن لا تكون سوى إوالية منشؤها قانوني صرف. ومفهوم الدعوى المباشرة هذا الذي ما زال ساري المفعول إلى حد كبير في يومنا هذا وصل إلى قمته مع نشر أطروحة السيد Cozian سنة 1969[3] قبل أن تتناولها انتقادات قاسية منذ ظهور أطروحة السيد Teyssié في عام 1975[4]. فمن المناسب إذاً عرض هذه النظرية قبل مناقشتها.

أ ـ عرض النظرية الشرعوية.

726 ـ دراسة نظام الدعوى المباشرة مفضلة على البحث عن أساسها.

تأكدت النظرية القانونية للدعوى المباشرة، بدون أن تفرض نفسها في برهة من الزمن، في الفقه على مدى الربع الأول من القرن العشرين. وكان دحض التفسيرات المستخرجة من القانون المدني مقبولاً. فمعظم المؤلفين، سواء أسفوا على ذلك أم لا[5]، قبل في أول الأمر أن الدعوى المباشرة هي إلى حد كبير إنجاز اجتهاد لجأ إلى تفسير واهٍ للنصوص قبل أن يؤكد، في موقف إرادوي، طابعها القانوني حصراً[6].

---

(1) Ch. ATIAS, Science des légistes - Savoir des juristes، منشورات جامعة مرسيليا ـ ايكس، 1991، رقم 11، صفحة 31 ورقم 44، صفحة 96. وكذلك التقليدي Ph. RÉMY, Eloge de l'Exégèse، مجلة الاجتهاد، 1982، صفحة 254 وما يليها.

(2) انظر في شأن هذه المسائل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156 وما يليه.

(3) L'action directe، منشورات L.G.D.J، 1969، مقدمة A. PONSARD.

(4) Les groupe de contrats، منشورات L.G.D.J، 1975، مقدمة J.M. MOUSSERON.

(5) انظر A. WEILL, Le principe de la relativité des conventions en droit privé français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، Dalloz، 1939، رقم 431، صفحة 748 الذي يأسف لاجتهاد «جريء»، إلى درجة أن أصبح خالق حق وخرج عن دوره الطبيعي كشارح للقانون».

(6) انظر حول هذا التطور Ch. JAMIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 163 وما يليه.

والفقه الذي استعاد التفريق الذي دشنه Solus بين الدعاوى المباشرة الأصلية والدعاوى الأخرى[1]، والذي نادراً ما نازع في الأساس القانوني حصراً للدعاوى الأولى[2]، أصبح بإمكانه أن يكرس نفسه لتحديد نظامها.

وإلى هذه الحقبة على وجه الخصوص يعود التفريق الذي أصبح تقليدياً بين الدعاوى المباشرة الكاملة التي تحقق، كدعوى الضحية ضد مؤمِّن المسؤولية، تجميد الدين بين يدي المدين الفرعي منذ نشأة دين حائز الدعوى ضد المدين الوسيط، والدعاوى المباشرة غير الكاملة التي تحقق، على غرار الدعاوى المباشرة للقانون المدني، هذا التجميد في آونة ممارسة الدعوى من قبل حائزها[3]. بيد أنه كان يجب انتظار أطروحة السيد Cozian لكي يصل تركيب نظام الدعوى المباشرة للإيفاء في وظيفتها المزدوجة كامتياز وطريقة تنفيذ إلى كماله[4].

وفي الحقبة عينها تم حل المسائل العملية الأهم في مادة تأمين المسؤولية بعد مناقضتها بضراوة[5] ـ إقحام المؤمِّن، وتقادم الدعوى، والاختصاص القضائي، والقانون المطبق على شركات التأمين الأجنبية.

727 ـ يتيح الأساس القانوني للدعوى المباشرة استبعاد دعوى الضمان.

أصبح الاجتهاد، من جهة أولى، يقبل بالإجماع أن الدعوى المباشرة للضمان التي يمتلكها مكتسب الملكية الثاني ضد البائع السابق[6] أو مكتسب ملكية عقار ضد من قاموا

---

(1) انظر A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 7، التعليق 1، حيث يفسر المؤلف أن الدعوى المباشرة التي يدرسها تفترق عن دعاوى «مباشرة» نجدها في مادة الاشتراط لصالح الغير، وفي الفضول، الخ. ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62 وما يليه، الذي يفرق الدعاوى المباشرة الأصلية التي أساسها قانوني حصراً عن «الدعاوى المباشرة المزعومة وأساسها اتفاقي».

(2) انظر على سبيل المثال J. BERNAYS, L'action directe exercée par la victime d'un accident contre la campagnie d'assurance, notamment dans le cas où celle - ci est étrangère، أطروحة في باريس، 1933، صفحة 69، الذي يأخذ، بعد أن بيّن أنه ليس من الضروري التساؤل حول أساس الدعوى المباشرة، بأن العمل المفيد الوحيد هو تفحص الدعوى «في نتائجها بدلاً من مبدئها».

(3) A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 91 وما يليها، ويبدو أنه أول من كان لديه هذا التفريق.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 309 وما يليه.

(5) انظر حول هذه المسائل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 107 وما يليه.

(6) انظر عدا الأحكام الصادرة في القرن التاسع عشر، حكم غرفة العرائض، 27 تموز 1909، D.1910، 1، صفحة 187 ـ 3 تشرين الثاني 1932، D.H.1932، صفحة 570 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 69؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، الطبعة G، II، 13159، ملاحظة R. SAVATIER؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 564، ملاحظة G. CORNU ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، الطبعة G، II، 17340، ملاحظة P. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 773، تعليق A. PLANCQUEEL ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 آذار 1977، =

ببناء العمل[1] مبنية على مفهوم التابع. ومن جهة ثانية، إذا كان الفقه قد تمكن من أن ينتقد لفترة من الزمن اللجوء إلى هذا المفهوم لكي يفضل عليه مفاهيم حوالة الحق[2] أو الاشتراط لصالح الغير[3] الضمني، فإنه لم ينازع، خلال تلك الحقبة، في اللجوء إلى مفهوم تقليدي، مما كان يمنع على الدعوى المباشرة أن تكون إوالية من نوع خاص.

منذ ذلك الوقت جرى إبعاد الدعوى المباشرة للضمان إلى فئة الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع أو «الدعاوى المباشرة المزعومة ذات الأساس الاتفاقي» وأصبحت مستبعدة، على عكس التحليل الذي كان سارياً في القرن التاسع عشر، من مجال الدعوى المباشرة[4] الذي تقلص هكذا إلى دراسة الدعاوى المباشرة للإيفاء وحدها.

= D.1977، صفحة 284 من التقرير ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 20، صفحة 14. وكذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1973 (بإمكان مكتسب الملكية الثاني ممارسة دعوى إنقاص الثمن لوجود عيب خفي وليس دعوى الفسخ بسبب العيب الخفي)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، الطبعة G، II، 17445، ملاحظة R. SAVATIER؛ D.1974، صفحة 138، تعليق Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1973، 2، صفحة 737، تعليق A. PLANCQUEEL؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1973، صفحة 582، ملاحظة G. CORNU.

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 11 كانون الثاني 1906، D.1907، 2، صفحة 391 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الثاني 1967، النشرة المدنية، I، رقم 348، صفحة 260، D.1968، صفحة 163؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1968، صفحة 363، ملاحظة G. DURRY؛ صفحة 391، ملاحظة G. CORNU ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1968؛ D.1970، صفحة 363 ـ تعليق Ph. JESTAZ؛ Defrénois 1971، صفحة 117، ملاحظة J-L. AUBERT ـ 12 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 4207، صفحة 312 ـ 28 تشرين الأول 1975، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 235 ـ 22 شباط 1978، النشرة المدنية III، رقم 93، صفحة 73 ـ 21 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 53 ـ 20 نيسان 1982، النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 66 ـ 26 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72.

(2) R. RODIÈRE، تعليق على حكم محكمة استئناف ايكس ـ ان ـ بروفانس، 5 تشرين الأول 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، الطبعة G, II، 8546. وكذلك B. GROSS, La notion d'obligation de garantie en droit des contrats، منشورات L.G.D.J، 1964، مقدمة D. TALLON، رقم 191 وما يليه ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 94، صفحة 60.

(3) انظر M. PLANIOL et G. RIPERT, Traité pratique de droit civil français ـ الجزء VI، الطبعة الثانية، 1952، تأليف P. ESMEIN، رقم 133 وما يليه ـ J. LEPARGNEUR, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 499 ـ A. WEILL, Le principe de la relativité des coventions en droit français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938، رقم 505 ـ صفحة 865 وما يليها ـ J-H.DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944، صفحة 223 وما يليها ـ G. BONET et B. GROSS. La réparation des dommages causés aux constructeurs par les vices des matériaux، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، I، 2602، رقم 29.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 62 وما يليه ولا سيما رقم 93 وما يليه.

ب ـ نقد النظرية الشرعوية.

728 ـ النقد الفقهي المزدوج للنظرية القانونية للدعوى المباشرة.

برهن السيد Teyssié في عام 1975 على أن تأكيد أساس قانوني صرف للدعوى المباشرة يصطدم «باجتهاد جريء» و«فقه عصري» لم يترددا في الاعتراف بدعاوى مباشرة للإيفاء ودعاوى مباشرة للضمان «في غياب نصوص قانونية أو أبعد منها»[1] إلى درجة، كما تابع السيد Néret في عام 1979، جعلت «التمسك بإرادة المشترع يعني اللجوء إلى وهم جديد»[2]. ويرتكز النقد الصادر عن هذين المؤلفين هكذا على غياب الملاءمة بين المفهوم القانوني البحت للدعوى المباشرة والحقيقة الاجتهادية لنموها التاريخي.

ثمة نقد آخر يتعلق بإعادة النظر في مختلف الأسس المطروحة تقليدياً لتسويغ الدعوى المباشرة للضمان. فقد بيّن السيد Boubli في عام 1974 بالفعل أن اللجوء إلى مفاهيم التابع والاشتراط لصالح الغير والتنازل عن العقد ليس مرضياً[3]. والفقه، رغماً عن الجدل القائم[4]، يُخشى أن يكون في وضع طريق مسدود يضخم الوضع الذي كان في نهاية القرن التاسع عشر في مادة الدعاوى المباشرة للإيفاء[5]: دعوى مباشرة للضمان مقبولة في القانون الوضعي وبدون أن يكون من الممكن تسويغها بإوالية تقليدية، ولا باللجوء، هذه المرة، إلى حيلة قانونية، وهذا الطريق المسدود هو الذي سيؤكد في وقت قريب التطور الاجتهادي.

729 ـ التوسيع الاجتهادي لنقد الدعوى المباشرة.

تطور اجتهاد محكمة النقض منذ عام 1979 إلى درجة جعل مفهوم التابع الذي تمسكت به تقليدياً لتسويغ الدعوى المباشرة للضمان عديم التأثير جزئياً.

فقد أخذت محكمة النقض في زمن أول بأن الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتسب الملكية الثاني في مادة المبيعات المتعاقبة «لها بالضرورة طبيعة عقدية»[6]. وهذه

---

(1) Les groupes de contrats، منشورات L. G. D. J، مقدمة M. MOUSSERON رقم 476، صفحة 239.

(2) Le sous - contrat، منشورات L.G.D.J، مقدمة P.CATALA، رقم 433، صفحة 315.

(3) Solilogue sur la transmission de l'obligation en garantie (à propos de l'arrêt de civ.3 du 9 juillet 1973)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة I,G، 2646. انظر في الاتجاه عينه J. GHESTIN, l'arrêt Kravitz et le droit positif français sur le garantie dès vices cachés، منشورات McGILL Law Journal، 1980، صفحة 331 وما يليها.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقا، رقم 172، صفحة 147 وما يليها والإسنادات المستشهد بها.

(5) انظر الرقم 723 السابق.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241، صفحة 192؛ D.S.1980، صفحة 222 من الموجز، ملاحظة Ch. LARROUMET؛ مجلة قصر العدل 1980، 1، صفحة 250، تعليق A. PLANCQUEEL؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 354، رقم 1، ملاحظة G. DURRY. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 162؛ D.1983، صفحة 479 من التقرير، ملاحظة Ch. =

الصيغة أحيت قاعدة عدم جمع المسؤوليتين العقدية والتقصيرية، في حين أن محكمة النقض قبلت في السابق أن مكتسب الملكية الثاني ضحية عيب خفي كان بإمكانه، إذا فضل ذلك، المقاضاة على أساس المسؤولية التقصيرية[1]. وبينت الغرفة المدنية من ناحية أخرى أن دعوى المسؤولية العقدية في القانون العام، المنية على عدم تنفيذ تسليم منتج مطابق، تنتقل إلى مكتسب الملكية الثاني[2].

وقبلت هذه الغرفة نفسها في مرحلة ثانية إمكانية صاحب المبنى في ممارسة دعوى مباشرة ضد صانع المواد «الضمان العيب الخفي الذي أصاب الشيء المباع منذ صنعه، وهي دعوى ذات طابع عقدي بالضرورة»[3]، في حين أن الغرفة الثالثة، التي رفضت اللجوء إلى مفهوم التابع خارج مجال العقود الناقلة للملكية[4]، أجازت فقط ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية[5]. وقد استوجب التعارض الشديد بين الغرفتين تدخل الهيئة العامة بكامل أعضائها التي، إذ كرست في عام 1986 موقف الغرفة المدنية الأولى، سمحت لصاحب المبنى بممارسة دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد الصانع مبنية، في القضية المعروضة، على عدم المطابقة[6]. وقد تبنت الغرفة المدنية الثالثة، بعد أن حاولت مقاومة هذا التعدّي المسؤولية

- LARROUMET ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 آذار 1986، النشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 53.

(1) حكم غرفة العرائض، 8 آذار، 1937، D.P.1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAVATIER ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1962، الطبعة II,G، 12910، تعليق P. ESMEIN؛ D.1963، صفحة 1، تعليق LIET - VEAUX؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 332، ملاحظة A. TUNC ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1978، النشرة المدنية، رقم 177، صفحة 150.

(2) 9 آذار 1983، النشرة المدنية، I، رقم 92، صفحة 81؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة G،II، 20295، ملاحظة P.COURBE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، ملاحظة Ph. RÉMY.

(3) 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G،II، 20387، ملاحظة ph. MALINVAUD؛ D.S.1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULEAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 406، ملاحظة Ph. RÉMY؛ صفحة 588، ملاحظة J.HUET.

(4) بالفعل قبلت الغرفة المدنية الثالثة الدعوى المباشرة للضمان لعشر سنوات ولسنتين المبنية على المادتين 1792 و2270 من القانون المدني عندما يستمد مكتسب الملكية الضمان من عقد البيع الذي أبرمه مع صاحب المبنى. وبالمقابل، في الفرضية موضوع البحث، يكون المقاول الأصلي وحده مرتبطاً بعقد بيع مع الصانع. وصاحب المبني مرتبط فقط بعقد المقاولة مع المقاول الأصلي، فليس بإمكانه إذاً الإفادة من مفهوم التابع في علاقاته بالصانع.

(5) 19 حزيران 1984، D.S.1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II,G، 20387، ملاحظة Ph. MALINVAUD.

(6) 7 شباط 1986، D.S.1986، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة G،II، 20616، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 543، ■

العقدية من القانون العام على ضمان العيوب إلى أبعد من المجال الحصري للمبيعات المتعاقبة[1]، حل الهيئة العامة بكامل أعضائها[2].

على أن الغرفة المدنية الثالثة، خارج الفرضية التي اعتمدتها أو بما أن الدعوى العقدية المباشرة لا يفرضها القانون، أي المادتان 1792 و1792 ـ 4 من القانون المدني، تمسكت باجتهادها التقليدي الذي لا يجيز سوى دعوى المسؤولية التقصيرية بين أشخاص غير متعاقدين[3].

بيد أن الغرفة المدنية الأولى، في مرحلة جديدة، أعطت صاحب المبنى الإفادة من دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية من القانون العام ضد المقاول من الباطن الذي نفذ تقديم خدمات، بدون أن تسوّغ ذلك، بأن بينت، في تعابير عامة، «إن الدائن، عندما يقوم المدين بموجب عقدي بتكليف شخص آخر تنفيذ هذا الموجب، لا يحوز ضد هذا الشخص سوى دعوى لها طبيعة عقدية بالضرورة بإمكانه ممارستها مباشرة في الحد المزدوج لحقوقه وامتداد تعهد المدين المستبدل»[4].

واللجوء إلى مفهوم التابع، بعد أن أصبحت الدعوى المباشرة مقبولة كلياً خارج مجال

= تعليق J-M.BERLY، المجلة الفصلية للقانون المدني 1986، صفحة 364، ملاحظة J.HUET؛ صفحة 594، ملاحظة J.MESTRE؛ صفحة 605، ملاحظة Ph. RÉMY؛ D.S.1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H.GROUTEL.

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 أيار 1986، D.S.1987، صفحة 257، تعليق A.BÉNABENT. وفي فرضية قريبة حكم الغرفة المدنية الثالثة 8 نيسان 1987، D.S.1987، صفحة 108 من التقرير.

(2) 15 شباط 1989، النشرة المدنية، III، رقم 35، صفحة 20 ـ 10 أيار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 116، صفحة 64.

(3) انظر P. JOURDAIN, Des résistances et des limites à la jurisprudence sur la responsabilité dans les groupes de contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، رقم 1، صفحة 287 وما يليها، والإسنادات المستشهد بها.

(4) 8 آذار 1988، النشرة المدنية، I، رقم 69، صفحة 46؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة II,G، 20070، ملاحظة P. JOURDAIN؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 551، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY؛ صفحة 741، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE؛ صفحة 760، رقم 1 ورقم 2، ملاحظة P. JOURDAIN. انظر في صدد حل ضمني (اكتفت الغرفة التجارية باستبعاد المسؤولية التقصيرية)، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 شباط 1987؛ النشرة المدنية، IV، رقم 44، صفحة 33؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة II,g، 20892، ملاحظة Ph. DUBOIS؛ D.S.1987، صفحة 543، تعليق P. SOURDAIN؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1987، صفحة 593، تعليق J. BIGOT ـ 31 تشرين الأول 1989 (في صدد استبدال الوديع)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة II,G، 21568، ملاحظة R.DE QUÉINAU DON. وعلى نقيض ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 كانون الثاني 1987 (دعوى تقصيرية)، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6 ـ 22 حزيران 1988، D.S.1988، صفحة 200 من التقرير. وكذلك حكم مجلس الدولة، 6 آذار 1987، (رفض أيّ دعوى لصاحب المبنى ضد المقاول من الباطن)، D.S.1987، صفحة 42 من الموجز، ملاحظة Ph. TERNEYRE.

العقود الناقلة للملكية، غدا بلا تأثير[1]. وقد ساهم هذا التوجه الاجتهادي، فضلاً عن ذلك، في اعادة النظر في النظرية الشرعوية للإوالية. والدعوى المباشرة للمسؤولية في القانون العام مقبولة بالفعل في امتداد الدعوى المباشرة للضمان، على الأقل من قبل قسم من الاجتهاد، في حين أنه ليس لها أساس قانوني ولا أساس اتفاقي. والبديل الذي تحبس فيه النظرية الشرعوية مجموعة الدعاوى المباشرة جرى تجاوزه[2]. غير أن الغرفة المدنية الأولى لم يكن لديها بعد أي أساس للاستبدال قبل تكريس ما يمكن تسميته النظرية الفقهية للدعوى المباشرة.

III ـ النظرية الفقهية للدعوى المباشرة

730 ـ في حين أن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض استعادت صراحة المفهوم الفقهي «المجموعات العقود» لتسويغ وجود دعوى مباشرة للمسؤولية من القانون العام، ردت الهيئة العامة بكامل أعضائها، وقد أيدت موقف الغرفة المدنية الثالثة، هذا التفسير.

أ ـ عرض نظرية مجموعات العقود.

731 ـ كشف انطلاق الدعاوى المباشرة وجود مفهوم المجموعة العقدية.

اقترح السيد Teyssié بعد أن انتقد بشدة الفقه الذي يبني الدعوى المباشرة على القانون حصراً[3]، معيار استبدال يتيح تسويغ وجود الإوالية ونموها. فانطلاق الدعاوى المباشرة، في عرف المؤلف، دعاوى الإيفاء ودعاوى الضمان، يكشف إنشاء علاقات عقدية شرعية في صميم مجموعات العقود[4].

ومن المناسب، بدون مناقشة قيمة هذا التأكيد حالياً[5]، تقديم أساس المذهب المسمى «مجموعات العقود» باختصار وموضوعه يتجاوز إلى حد كبير مجال الدعاوى المباشرة وحدها. وهذا المذهب ينجم عن عقد استهلالكي نجد أثره منذ السنوات الأولى للنصف الثاني من القرن العشرين[6]: ضغط الحاجات الاقتصادية الذي يضاعف العمليات المعقدة

---

(1) انظر بهذا المعنى G. VINEY, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats in Mélanges dédiés à D. Holleaux، 1990، صفحة 416.

(2) انظر حول التعبير عن هذا البديل، M. COZIAN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 59، صفحة 41.

(3) انظر الرقم 728 السابق.

(4) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476 وما يليه.

(5) انظر الرقم 755 اللاحق.

(6) انظر R. SAVATIER, Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, 1ere série, Panorama des mutations، الطبعة الثالثة، 1964، صفحة 21 وما يليها.

يعيد النظر في المبدإ الفرداني للمفعول النسبي للاتفاقيات[1]. والمجموعة العقدية، المحددة بوجود سبب[2] أو موضوع[3] مشترك مع كل من العقود التي تؤلفها، ترتكز هكذا، بتعابير جديدة[4]، على التعبير القانوني للحقيقة الاقتصادية المعاصرة، ونموّ الدعاوى المباشرة في صميمها ليس سوى أحد التعابير.

واللجوء إلى هذا المفهوم الفقهي تتمثل فيه الفائدة المزدوجة، من جهة أولى، في تلافي العقبة التي يشكلها مبدأ المفعول النسبي للعقد بدفع حدود مجال تطبيق العقد إلى المجموعة العقدية[5]، وتسهيل قبول مظاهر جديدة للدعوى المباشرة، من جهة ثانية، ما دام أنها موضعة داخل مجموعة عقود.

732 ـ تسوّغ الغرفة المدنية الأولى الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية بمفهوم مجموعة العقود.

استندت الغرفة المدنية الأولى بالضبط إلى مفهوم «مجموعة العقود»، في 21 حزيران 1988[6]، لكي تقبل، في بعض الظروف الخاصة، وجود دعوى مباشرة للمسؤولية من القانون العام. وكانت، في القضية المعنية، إحدى شركات الطيران مرتبطة بشركة مطارات باريس بعقد إشراف طيراني وبمقتضاه تتعهد هذه الشركة الأخيرة بقطر طائراتها من نقطة

---

(1) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 15 وما يليه ورقم 54 وما يليه. وكذلك J. NÉRET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 1 وما يليه الذي يأخذ، منذ بداية أطروحته، بأن العقد من الباطن يشكل بنية قانونية تميز «التعقيد النامي للعلاقات الاقتصادية» الذي ينزع إلى «تنويع المهمات» ـ B.BERLIOZ - HOUIN et G. BERLIOZ, Le droit des contrats face à l'évolution économique in Etudes offertes à Roger HOUIN، 1985، صفحة 14 وما يليها ـ F. BERTRAND, L'opposabilité du contrat aux tiers، أطروحة في باريس II، 1979، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 277 وما يليه، الذي يرى أن تعديل الوسط الاقتصادي والاجتماعي يدعو إلى اعادة النظر في المبادىء التقليدية لقانون العقود ـ J. MESTRE L'évolution du contrat en droit privé français, in L'évolution contemporaine du droit des contrats، منشورات PUF، 1986، صفحة 59، الذي بين أن القانون المعاصر الذي يغريه إدراك الحقيقة الاقتصادية يصطدم بعقبة كبيرة في الأخذ في الحسبان المجموعات العقدية: مبدأ المفعول النسبي للعقد.

(2) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 176، صفحة 95، الذي عرّف «مجموعات العقود».

(3) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 69، صفحة 39، الذي يتكلم على «سلاسل العقود».

(4) انظر حول المهمة الخلاّقة للفقه الذي يجب أن يعرف تجديد المفاهيم القانونية، B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 59، صفحة 28.

(5) انـظـر Ch. LARROUMET, L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuelles، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G،I، 3357، رقم 12.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 202، صفحة 141؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G، II، 21125 والمجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 762، رقم 1، ملاحظة P. JOURDAIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة E،II، 15294، ملاحظة Ph. DELEBECQUE؛ D.S.1989، صفحة 5، تعليق Ch. LARROUMET؛ D.S.1989، صفحة 232 من الموجز وDefrénois 1989، صفحة 356، ملاحظة J-L. AUBERT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 74، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE، وصفحة 107، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY.

التحميل إلى منطقة الإقلاع. وبسبب عطل السكر الملحق بنظام شد قضيب الجر إلى الطائرة اصطدم الجرار بالطائرة وأحدث ضرراً فيها، مما أدى الى الإضرار بالشركة. وقد سمحت الغرفة المدنية الأولى لهذه الشركة بمقاضاة صانع السكر مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، ببيان «إن المسؤولية العقدية، في مجموعة عقود، تسوس بالضرورة طلب التعويض من جميع الذين لم يصبهم الضرر إلاّ لأنهم مرتبطون بالعقد الأصلي، وبما أن المدين، في هذه الحالة، كان يتوجب عليه بالفعل توقع نتائج قصوره حسب القواعد العقدية المطبقة في هذه المادة، فإن الضحية لا تملك تجاهه إلاّ دعوى ذات طبيعة عقدية حتى في غياب عقد بينهما».

إن هذا الحكم، وكذلك حكم 8 آذار 1988[1]، مع تحية صادقة للفقه، أوضح فكرته بتعابير عامة بما فيه الكفاية وبدا أنه لا يستبعد أي نموذج من المجموعة العقدية، بيد أن الأحكام التي قبلت وجود دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ولم تتدخل إلاّ في صميم السلاسل العقدية عن طريق الزيادة أو الانحراف وليس في مادة المجموعات العقدية ذات البنية الدائرية[2]، شاء بعض المؤلفين تحديد مدى هذه الأحكام بسلاسل العقود وحدها[3].

وهذا الحكم، سواء أكان مطبقاً على المجموعات العقدية أو سلاسل العقود وحدها، اصطدم بمقاومة عنيفة من الغرفة المدنية الثالثة التي رفضت، إذ أصرت مثلاً على واقع «أنه ليس ثمة أيّ رباط عقدي بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لمقاولة من الباطن» ان تمد مجال المسؤولية العقدية خارج الفريقين المتعاقدين في الشأن العقاري[4].

---

(1) انظر الرقم 729 السابق.

(2) استبعدت هذه التعابير في اطروحة السيد Teyssié المذكورة آنفاً، رقم 73 وما يليه (سلاسل عقود عن طريق الزيادة)، رقم 122 وما يليه (سلاسل عقود عن طريق الانحراف)؛ رقم 174 وما يليه (مجموعات عقدية ذات بنية دائرية).

(3) انظرVINEY، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 418 وصفحة 419 ـ Ch. LARROUMET، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1988، D.S.1989، صفحة 9 ـ P. JOURDAIN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 آذار 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة G،II، 21070. وكذلك G. DURRY, La distinction de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle جامعة McGILL، 1986، رقم 126 ورقم 127، صفحة 96.

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 حزيران 1988، مصنف الاجتهادات الدوري، 1988، الطبعة II,G، 21125 والمجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، صفحة 763، رقم 1، ملاحظة P. JOURDAIN ـ 31 أيار 1989، النشرة المدنية، III، رقم 121، صفحة 67 ـ 21 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية III، رقم 208، صفحة 114 ـ 6 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 228، صفحة 125 ـ 13 كانون الأول 1989 (اقتبسه الاستشهاد)، مصنف الاجتهادات الدوري 1990، الطبعة II,G، 21554، ملاحظة BOUILLOUX - LAFONT ـ D.S.1991، صفحة 25، تعليق J. KULLMANN ـ 28 آذار 1990، D.S.1991، صفحة 25، تعليق J. KULLMANN. وكذلك حكم مجلس الدولة 11 تموز 1988، D.S.1989، صفحة 223 من الموجز، ملاحظة Ph. TERNEYRE.

إن قراءة المعلومات التي نشرها رؤساء الغرفة المدنية الثالثة المتعاقبون تتيح التفكير في أن مفهوم مجموعة العقود تعود بدرجة أقل إلى صعوبة تحديد معيارها[1] مما تعود إلى العدد المهم من السيئات التي تولدها، وعلى وجه الخصوص في الشأن العقاري[2]. على أن الغرفة التجارية، حتى خارج هذا المجال، أيدت موقف الغرفة المدنية الثالثة ببيان أنه ليس في وسع مقاولة النقل أن تمارس دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد بائع مقطورات نصفية كانت موضوع عمليات نقل في غياب رباط قانوني بينهما[3].

ب ـ رد نظرية مجموعات العقود في مادة المسؤولية.

733 ـ ردت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها مفهوم مجموعة العقود في صدد مسؤولية المقاول من الباطن المدنية في الشأن العقاري.

بتت الهيئة العامة بكامل أعضائها، في صدد مسألة تتعلق بمهلة التقادم (مرور الزمن) في الشأن العقاري، بنزاع بين الغرفة المدنية الأولى والغرفة المدنية الثالثة. كان صاحب العمل المستقل، في القضية المعنية، قد قاضى في شأن مسؤولية مقاول من الباطن نفذ أشغالاً مختلفة من الرصاصة (صناعة الرصاص)، وأخذ قضاة الأساس بأن المدعى عليه كان بإمكانه الاحتجاج في وجه المدعي بمهلة السقوط العشري عندما لم يكن يملك هذا المدعي إلاّ دعوى عقدية بالضرورة، في حدود حقوقه وتعهد المقاول من الباطن. كان ذلك استعادة أسباب تسويغ حكم الغرفة المدنية الأولى في 8 آذار 1988[4].

---

(1) انظر حول هذه النقطة Ph. DELEBECQUE, La notion de groupe de contrats: quels critères?، دفتر قانون المقاولات، 1989/ 2، صفحة 25 وما يليها.

(2) انظر M. MONÉGIER Du SORBIER, L'action du mâtre de l'ouvrage à l'égard des dous-traitants، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، أول تشرين الأول 1988، صفحة 37 ـ P. FRANCON, L'action du maître de l'ouvrage à l'égard du sous traitant، المجلة العامة للتأمين البري، 1990، صفحة 486.

(3) 30 تشرين الأول 1989، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 290، رقم 1، ملاحظة P. JOURDAIN.

(4) المذكور سابقاً.

(5) نشرة الهيئة العامة، رقم 5، صفحة 7؛ مجلة الاجتهاد في قانون الأعمال، 1991، صفحة 583 وما يليها، طلبات R. MOURIER، وتقرير P. LECLERCQ؛ D.S.1991، صفحة 549، تعليق J. GHESTIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة II,G، 21743، ملاحظة G. VINEY؛ D.S.1991، صفحة 321 من الموجز، ملاحظة J. L. AUBERT، وكذلك Ch. LARROUMET, L'effet relatif des contrats et la négation de l'existence d'une action en responsabilité nécessairement contractuelle dans les ensembles contractuels، مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة I,G، 3531 ـ Ch. JAMIN, Une restauration de l'effet relatif du contrat، D.S.1991، صفحة 257 وما يليها من العرض ـ P. JOURDAIN, La nature de la responsabilité civil dans les chaînes de contrat, après l'arrêt de

وقد نقضت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، في 12 تموز 1991[1]، الحكم، استناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني، بعد أن أعلنت أن «الاتفاقيات لا مفعول لها إلاّ بين الفريقين المتعاقدين، ببيان أن الدعوى العقدية بالضرورة لا يمكن قبولها ذلك بأن «المقاول من الباطن ليس مرتبطاً عقدياً بصاحب العمل المستقل».

إن وضوح التعليل يدين الاجتهاد الذي اعتمدته الغرفة المدنية الأولى في حكمها بتاريخ 8 آذار 1988 كما في حكمها بتاريخ 21 حزيران 1988[2]، ويرد، على الأقل في مجال المسؤولية، النظرية المسماة «مجموعات العقود»، وقد رضخت الغرفة المدنية الأولى غير مرة[3] لتتبنى حلاً أخذت به الغرفة المدنية الثالثة[4] والغرفة التجارية[5]، فأصبحت محكمة النقض مجمعة: صاحب العمل المستقل ليس في وسعه أن يمارس سوى دعوى ذات طبيعة عقدية لخطإ مثبت[6] ضد المقاول من الباطن.

وقد حكمت الغرفة المدنية الثالثة حديثاً، إذ أدانت ضمناً مفهوم المجموعة العقدية، في وضع قريب، بأن «صاحب العمل والمقاول، المرتبطين بصاحب العمل المستقل باتفاقيات متميزة، بكونهما في علاقات شخصية بالغير (. . .)، لا يستطيعان كل واحد تجاه الآخر المقاضاة على قاعدة المسؤولية إلاّ على أساس شبه تقصيري»[7].

ولا تبدو أن الدعوى المباشرة ذات الطبيعة العقدية، خارج الفرضيات التي نظمها القانون في مادة البناء[8]، يجب أن تكون مقبولة إلاّ لصالح المقاول من الباطن ضد بائع سابق من جهة أولى، ومن صاحب العمل المستقل ضد الصانع أو مورّد المواد من جهة ثانية[9] ويمكن مع ذلك التردد في تسويغها بمفهوم التابع.

= l'Assemblée plénière du 12 juillet 1991، D.S.1992، صفحة 149 وما يليها من العرض ـ B. BOUBLI, Transfert de propriété et responsabilité dans les groupes de contrats، مجلة القانون العقاري، 1992، صفحة 27 وما يليها. إضافة إلى تقرير محكمة النقض، 1991، رقم 2، صفحة 363 وصفحة 354، عدم قبول تباين ممكن «إلا أن يكون من الممكن أن يستجاب لها. حسب البساطة والامن القانوني اللذين يلهمان القضاة».

(1) الحكمان مذكوران سابقاً.

(2) 16 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 72، صفحة 55؛ 994 ' Defrénoi، صفحة 798، رقم 63 وD.S.1994، صفجة 210 من الموجز، ملاحظة Ph. DELEBCQUE؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة G،I، 3781، رقم 11 ورقم 12، ملاحظة Ch. JAMIN ـ 7 تموز 1992، النشرة المدنية، I، رقم 221، صفحة 147 ـ 23 حزيران 1992، النشرة المدنية، I، رقم 196، صفحة 131.

(3) 11 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 319، صفحة 188. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1992، النشرة المدنية III، رقم 299، صفحة 184.

(4) 4 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 173، صفحة 122.

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 299، صفحة 184.

(6) 17 تشرين الثاني 1993، النشرة المدنية، III، رقم 146، صفحة 96.

(7) انظر الرقمين 800 و801 اللاحقين.

(8) انظر الرقم 746 اللاحق.

734 ـ الأساس الغامض للدعوى المباشرة.

يمكن استخراج تعليم مزدوج من دراسة ظهور الدعوى المباشرة خلال القرنين التاسع عشر والعشرين وانتشارها.

وينتج قبولها، من جهة أولى، عن الجهود المشتركة بين الفقه والاجتهاد في بعض أوضاع واقعية جيث ظهر تطبيق المادتين 1165 و2092 من القانون المدني مصطدماً بالمعنى المشترك للإنصاف أكثر مما نتج عن الإرادة التشريعية. ومنذ ذلك الوقت لم يكن مفهوم الدعوى المباشرة الشرعوي الذي يشكل موقفاً إرادوياً أكثر مما يشكل التعبير عن الحقيقة التاريخية يتيح فهم علة وجودها.

ولا يؤدي التسويغ التقليدي الذي قدمه الاجتهاد لقبول الإفادة من الدعوى المباشرة للضمان، أي مفهوم التابع، إلى انضمام مجموعة الفقه ولم يعد يثار منهجياً من قبل محكمة النقض حتى في مادة المبيعات المتعاقبة[1]. يضاف إلى ذلك أن اللجوء إلى هذا المفهوم لتسويغ الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية من القانون العام المبنية على غياب مطابقة الشيء المسلم التي يمارسها صاحب العمل المستقل ضد الصانع أشد صعوبة[2]، إلاّ أن يعتبر موجب التسليم، وذلك منازع فيه، تابعاً لملكية الشيء المندمج في العمل المستقل المنقول بمفعول عقد المقاولة[3].

ومنذ ذلك الحين لم تعد الدعوى المباشرة للضمان أو المسؤولية مطلقاً مسوّغة بإوالية تقليدية لمفهوم التابع بشكل أساسي، بدون أن يكون لها أساس قانوني حصراً طالما أنها انتشرت في غياب نص تشريعي[4]. يضاف إلى ذلك لا يبدو أنها مبنية على مفهوم المجموعة

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، I، 3684، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHESTIN (يؤكد الحكم فقط أن دعوى الفسخ لعيب خفي التي يمارسها مكتسب الملكية الثاني هي دعوى سلفه) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم251، صفحة 148؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، I، 3570، ملاحظة Ch. JAMIN (تكون الدعوى مبنية على عقد البيع الأصلي) ـ 14 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 271، صفحة 159 (لم يعط أي شرح على أساس الدعوى) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض؛ 7 آذار 1990 النشرة المدنية III، رقم 72، صفحة 39 ـ حكم الغرفة التجارية، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186. انظر مع ذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 168، صفحة 102 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى 28 تشرين الأول 1991 (غير المنشور)، عقود استهلاك، 1992، رقم 25، ملاحظة L. LEVENEUR (يتمتع صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثاني، بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء العائد لسلفه).

(2) حكم الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، 7 شباط 1986 المذكور سابقاً.

(3) انظر J. KULLMANN، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1989 و28 آذار 1990 المذكوران.

(4) إن مختلف النصوص التي، بهذه الصفة، تنشىء دعوى مباشرة لصالح مكتسب الملكية أو مكتسب الملكية الثاني؛ سواء في حق البناء أو في حق الاستهلاك أو في مادة مسؤولية المنترجات المشوبة بالعيب، لا تسمح

العقدية الذي أدانته الهيئة العامة بكامل أعضائها حتى خارج مجال المقاولة من الباطن العقارية.

فالدعوى المباشرة للإيفاء والدعوى المباشرة للضمان والمسؤولية هما اللتان ليس لهما أساس مؤكد. وكذلك من المناسب طرح مسألة طبيعتهما القانونية.

الفقرة 2 ـ الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة

735 ـ لم يعد من الممكن بالتالي الدفاع عن الطبيعة القانونية الصرف للدعوى المباشرة[1]. وتبدو المادة 1165 الصلبة من القانون المدني من جديد متعارضة مع قبول الإوالية إلاّ أن يعترف بوجود رباط قانوني بين الدائن والمدين الفرعي. ويمكن أن ينتج هذا الرباط بديهياً إمّا عن مفاهيم تقليدية متحدرة من القانون المدني وإمّا عن مفهوم فقهي، ومنذ وقت أحدث عن «مجموعة العقود».

وإذا كان النقاش حول الأولى قد نضب تدريجياً فقد قام إلى حد كبير طوال القرن التاسع عشر[2]. ويمكن مع ذلك أن يستعاد بسبب تحولات عديدة ممكنة في تحليل بعض المفاهيم التقليدية وظهور مظاهر جديدة للدعوى المباشرة.

أما النقاش حول مفهوم «مجموعة العقود» فقد بدا ضرورياً، ذلك بأن هذا المفهوم، رغماً عن إدانة الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها الدعوى المباشرة للمسؤولية[3]، احتفظ بقيمته بالنسبة إلى أغلبية الدعاوى المباشرة.

وسنحاول استعادة التحليل الأصلي لإوالية هذا النقاش المزدوج الذي يتيح فهم علة وجودها ولاسيما بالنسبة إلى مبدإ نسبية الاتفاقيات.

I ـ التحليل التقليدي

736 ـ سنفرق، باستعادة القسمة التي أجراها فقه القرن التاسع عشر، بين التحاليل التي تجعل من الدعوى المباشرة نتيجة إوالية أخرى والتحاليل التي تستبدل بها إوالية أخرى.

وسنستعيد ضمناً، بمقارنة الدعوى المباشرة بإواليات أكثر تقليدية ومتحدرة عموماً من القانون المدني، التفريق الذي نظّره Solus[4] بين الدعاوى المباشرة بالمعنى الواسع وهي

= بالأخذ بأن الدعوى المباشرة، في هذه الأوضاع، هي «قانونية» عندما لا تقوم هذه النصوص إلاّ باستعادة ممارسة اجتهادية سابقة أو إطالتها. انظر حول هذه النقطة Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205 وما يليه.

(1) انظر الرقم 374 السابقة خلاصتنا.

(2) انظر الرقم 720 السابق.

(3) انظر الرقم 733 السابق.

(4) انظر الرقم 723 السابق.

الدعاوى المباشرة المتحدرة من إوالية أخرى (كالاشتراط لصالح الغير وحوالة الحق الخ)، والدعاوى المباشرة بالمعنى الضيق التي يتعذر تقليصها إليها[1]. وإذا احتفظنا به مع عدم الاهتمام إلاّ بالدعاوى الثانية عند الكلام على «دعوى مباشرة»، فذلك لأن هذا التفريق وحده يحلل خاصيتها. والحق المباشر، على سبيل المثال، الذي يستفيد منه الغير ضد الواعد هو نتيجة طابع الاشتراط لصالح الغير الذي يشكل قبل أي شيء «عقداً يولد حقاً لصالح الغير»[2]، وهذا ما تحققه الدعوى المباشرة بالمعنى الضيق.

أ ـ نتيجة إوالية لخرى

737 ـ معظم الإواليات القانونية التي تسمح بخلق رباط قانوني بين الدائن ومدينه الفرعي ويتجنب عقبة تشكلها المادة 1165 من القانون المدني مبنية على إرادة المدين الوسيط، وترتكز الإواليات الأخرى على صفة دينه تجاه مدينه الفرعي أو على حق الملكية الذي يحوزه، وهكذا يقتضي التفريق بين الإواليات الذاتية والإواليات الموضوعية.

١) الإواليات الذاتية

738 ـ إنها، وهي تثار تارة في صدد الدعاوى المباشرة للإيفاء وطوراً في الدعاوى المباشرة للضمان، إواليات الاشتراط لصالح الغير وحوالة الحق والإنابة والحلول الشخصي والفضول.

739 ـ الاشتراط لصالح الغير.

إذا كان الاشتراط لصالح الغير يجري التمسك به في مجال الدعاوى المباشرة للإيفاء[3]، فغالباً ما كان ذلك أيضاً على أساس المادة 1122 من القانون المدني لتسويغ الدعوى المباشرة للضمان التي يحوزها مكتسب الملكية الثاني[4]. والمقارنة في الحالتين بين

---

(1) انظر في شأن غياب ضمني للتفريق Ch. LARROUMET، المرجع عينه، رقم 795، صفحة 857.

(2) Ch. LARROUMET، المرجع عينه، رقم 802، صفحة 867.

(3) انظر A. WEILL, La relativité des conventions en privé positif français، أطروحة في ستراسبورغ، 1938،د موسوعة Dalloz، 1939، رقم 444 وما يليه، الذي يعبر مع ذلك عن بعض التكتم ـ L. JOSSERAND، تعليق على حكم غرفة العرائض، 30 تشرين الثاني 1926، D.P.1928، 1، صفحة 50، وعلى النقض المدني، 11 تموز 1932، D.P.1933، 1، صفحة 7 ـ النقض المدني، 8 أيار 1935 (الضمني)، D.H.1935، صفحة 364 ـ H. LALOU، تعليق على حكم محكمة استئناف باريس، 22 نيسان 1936، D.P.1936، 2، صفحة 56.

(4) انظر A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 506، صفحة 871. بالإضافة إلى J. LEPARGNEUR, De l'effet à l'égard de l'ayant cause particulier des contrats générateurs d'obligations relatifs aux biens transmis، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1924، صفحة 501، رقم 5 ـ J. H. DU GARREAU DE LA MÉCHENIE, La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de =

الدعوى المباشرة والاشتراط لصالح الغير ليست مع ذلك حاسمة.

إن قصديتي الإواليتين متميزتان بالفعل. فالدعوى المباشرة، كما سنرى[1]، تشكل إوالية تصحيحية للمادة 1165 من القانون المدني التي تدل على التشابك بين صراحة مبدأ المفعول النسبي للعقد وأمر الإنصاف، في حين أن الاشتراط لصالح الغير هو استثناء للمادة 1165. يضاف إلى ذلك أنه إذا كانت الدعوى المباشرة تتعارض مع القانون العام للدعوى غير المباشرة (oblique)، فليس ذلك حال الحق المباشر للغير المستفيد ضده؛ الواعد الذي إذ يعاقب الدين نفسه للمدين، لا يتمثل كشذوذ عن المادة 1166 من القانون المدني: لأن الغير المستفيد هو دائن الواعد فهو يستفيد طبيعياً من دعوى هذه؛ والتعبير «مباشرة» ليس بالتالي سوى[2].

ومسألة الطابع «المباشر» للدعوى طرحت في حقبة كان يسوّغ فيها الاشتراط لصالح الغير بنظرية الإيجاب[3]. والمشترِط في هذا النظام يقدم إيجاباً للغير الذي يشكل قبوله عقداً بينهما. وبما أن الغير يصبح خلفاً للمشترط، فإن هذا المشترط هو الذي يكتسب الملكية في أول الأمر لنفسه قبل أن ينقل الكمية المكتسبة في ذمته المالية. وإذا لم تكن نظرية الإيجاب معتمدة فلا يمكن أن تمر القيمة المكتسبة عبر ذمة المشترط المالية، لأن رباطاً مباشراً في الأصل ولد بين الغير المستفيد والواعد. وكان استخدام تعبير الدعوى «المباشرة» يهدف إلى تأكيد التخلي عن مفاعيل نظرية الإيجاب أكثر مما يهدف إلى انتظام هذه المفاعيل[4].

إن الاشتراط لصالح الغير والدعوى المباشرة لهما، فضلاً عن ذلك، أساسان قانونيان متميزان. ففي حين أن الاشتراط لصالح الغير الناجم عن إرادتي المشترط والواعد هو عقدي بشكل أساسي[5]، فإن الدعوى المباشرة خارجة عن إرادة الفريقين.

= son auteur، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1944، صفحة 224 ـ B. SOINNE, La responsabilité des architectes et des entrepreneurs après la réception des travaux، منشورات L.G.D.J، 1969، مقدمة J. PATARIN، الجزء I، رقم 91، صفحة 203.

(1) انظر الرقم 763 اللاحق.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 26، صفحة 19 ـ R. DEBRAY، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 51.

(3) انظر الرقم 642 السابق وما يليه.

(4) انظر M. LABORDE - LACOSTE, Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit privé français، أطروحة في بوردو، 1916، صفحة 63 وما يليها.

(5) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 197، صفحة 126 ـ Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes، أطروحة في بوردو، 1968، مطبوعة على الآلة الكاتبة، رقم 148؛ صفحة 340، رقم 150، صفحة 343 وما يليها ـ G. LEGIER، مصنف الاجتهاد المدني، البند 1121 والبند 1122، الكراسة 1، رقم132 ـ M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VI، تأليف P. ESMEIN، رقم 354، صفحة 488. وعلى نقيض ذلك A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 419، صفحة 734 وصفحة 735.

على أنه بالإمكان محاولة المقارنة بين الإواليتين بالتشديد على انتشار الاشتراط لصالح الغير فيغدو من الممكن عند الأخذ بأن مكتسب الملكية بالتعاقد مع بائعه أو المؤمِّن مع المؤمَّن أن يشترط الأول لصالح مكتسب الملكية الثاني والثاني لصالح الضحية. بيد أنه يجب، هنا أيضاً، أن يبرهن على وجود إرادة، ولو كان التعبير عنها ضمنياً، في حين أن الدعوى المباشرة تستبعد حتى ضرورة أي إرادة. يضاف إلى ذلك أن «الاكتشاف» الاجتهادي للاشتراط الضمني لصالح الغير في بعض العقود، حتى ولو كان له نجاح مميز[1]، يشكل خدعة[2] أو حيلة[3] لا يمكن تسويغ كل منهما إلاّ بغياب أسلوب آخر يتيح الوصول إلى نتيجة مماثلة، وليست الحال هنا على هذا النحو.

ثمة خلافات عديدة في النظامين، في أي حال، لا تتيح تسويغ الدعوى المباشرة بالاشتراط لصالح الغير.

فالاشتراط لصالح الغير أولاً لا يتيح تحليل نظام لاحجية الدفوع المطبقة في مادة الدعوى المباشرة للإيفاء. وهكذا لا تتوافق، في تأمين المسؤولية، لاحجية الاستحقاقات اللاحقة للحادث ضد الغير الملاحق[4] وكذلك البنود في شأن ضمان المؤمِّن[5]، مع العلاقات التي يقيمها الاشتراط لصالح الغير بين الواعد والغير المستفيد. والدعوى المباشرة، على عكس الاشتراط لصالح الغير، تتيح لمن يتمتع بها حيازة حقوق أكثر من حقوق المدين الوسيط.

ثم إن المدين الوسيط والمدين الفرعي لا يستطيعان الطعن في الدعوى المباشرة التي يمارسها الدائن ذلك بأنها تشكل امتيازاً معترفاً به لهما خارج إرادتيهما[6]. وبالمقابل يستطيع المشترط والواعد، بكون الاشتراط لصالح الغير إوالية عقدية، تعديل حق الغير قبل أن يكون قد قبل الاشتراط.

---

(1) انظر في صدد نقل الدم: المحكمة البدائية في نيس، 27 تموز 1992، D.S.1993، صفحة 38، تعليق D. VIDAL؛ حكم محكمة استئناف باريس، 28 تشرين الثاني 1991، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، تعليق M. HARICHAUX.

(2) الشخصية: شروطها، رقم 188، صفحة 221.

(3) Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, Les obligations، الطبعة الرابعة، 1993، رقم 673، صفحة 375 وصفحة 376.

(4) النقض المدني، 15 حزيران 1931، المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD؛ S. 1932، 1، صفحة 169، تعليق P. ESMEIN. وهذا الحل الناجم عن مبادرة مستقلة أكدته المادة R. 1-124 من قانون التأمين.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 28؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20509، ملاحظة G. DURRY؛ D.S.1985، صفحة 216، تعليق Y.J ـ 23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 36، صفحة 34 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 48، D.S.1988، صفحة 153 من الموجز، ملاحظة J-Cl. BERR et H. GROUTEL.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 320، صفحة 198.

يضاف إلى ذلك أن المدين الوسيط، في حين أن المشترط بإمكانه مقاضاة الواعد لإجباره على تنفيذ تعهده تجاه الغير، لا يحوز على الإطلاق دعوى كهذه ضد المدين الفرعي الذي لا ينفذ الموجب الملقى على عاتقه لأن الدعوى المباشرة لا يولدها العقد الذي يربطهما.

والدعوى المباشرة أخيراً، وهي نفع معطى للدائن، لا يمكن، في أي حال، أن تكون ناقلة موجب على عاتقه وأن تساهم في تكوين عقد ملزم للطرفين لحساب الغير على عكس الاشتراط لصالح الغير[1].

وينبغي أن يضاف إلى هذه الفوارق فارقان آخران أتاحا للفقه رفض تسويغ الدعوى المباشرة للضمان بمفهوم الاشتراط لصالح الغير[2]، فالاشتراط لصالح الغير، من جهة أولى، يفترض قبول الغير الذي بإمكانه أن يرفض دائماً. وفي وسعه في هذه الحالة أن يقاضي على أساس المسؤولية العقدية أو التقصيرية مما هو مناقض للاجتهاد الذي يؤكد أن الدعوى ذات طبيعة عقدية بالضرورة[3]. والاشتراط لصالح الغير، من جهة ثانية، يلتمس فائدة معنوية على الأقل للمشترط. والحال أن هذه الفائدة غير أكيدة طالما أن المدين الوسيط يمكن دائماً أن يكون مسؤولاً تجاه حائز الدعوى.

740 ـ حوالة الحق.

لجأ الاجتهاد أحياناً إلى مفهوم حوالة الحق لتفسير الدعوى المباشرة للإيفاء[4] وكذلك الفقه لتسويغ الدعوى المباشرة للضمان[5].

وإذا كان ثمة تشابه بين الدعوى المباشرة والدعوى التي يحوزها المتنازل له ضد المدين المحال عليه، فإن هذه الدعوى يجب أن لا تقنّع الفوارق العديدة التي سمحت لمحكمة النقض بإدانة مماثلتهما[6].

---

(1) انظر الرقم 631 السابق.

(2) S. GHESTIN, Traité des contrats: la vente، تـألـيـف J. GHESTIN et B. DESCHÉ، منشورات L.G.D.J، 1990، رقم 1029، صفحة 1049 ـ Ph. MALINVAUD, L'action directe du maître de l'ouvrage contre les fabricants et fourinisseurs de matériaux et composants، D.S.1984، صفحة 43 من المعرض B. BOUBLI, Soliloque sur la transmission de l'action en garantie، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G،I، 2646، رقم 13.

(3) انظر الرقم 729 السابق.

(4) انظر النقض المدني، 29 تشرين الأول 1929، D.P.1930، 1، صفحة 33، تعليق A. ROUAST.

(5) R. RODIÈRE، تعليق على حكم محكمة Aix - en provence، 5 تشرين الأول 1954، مصنف الاجتهادات الدوري، 1955، II، 8548 ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 94، صفحة 60 ـ B. GROSS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 192، صفحة 185 ـ R. SAVATIER، تعليق على حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1973، مصنف الاجتهادات الدوري 1975، الطبعة G،II، 17912.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1968، 1970، D.S، 1، صفحة 663، تعليق Ph. JESTAZ.

وتعود هذه الفوارق إلى طبيعتهما القانونية المتميزة. فحوالة الحق، من جهة أولى، ما أن تتحقق حتى يصبح من المتعذر على المتنازَل له مقاضاة المتنازل. والقاعدة هي كذلك على الأقل عندما تكون حوالة الحق قد تمت مجاناً[1]. وفي ما يتعلق بالحوالة بعوض تحدد المادة 1693 من القانون المدني أن المتنازل (المحيل) يضمن وجود الدين «في آونة النقل» ولا يضمن ملاءة المدين المحال عليه[2]. وبالمقابل لا تمنعه ممارسة دعوى مباشرة، عندما تشكل ضماناً إضافياً لحائزها، على الإطلاق مقاضاة المدين الوسيط الملزم بالتضامن مع المدين الفرعي[3]. ولحوالة الحق من جهة ثانية طبيعة اتفاقية، واتفاق الفريقين مفترض، في حين أن الدعوى المباشرة هي امتياز أجنبي عن إرادة المدين الوسيط والمدين الفرعي[4].

ويصطدم اللجوء ذاته إلى إرادة الفريقين المفترضة لتفسير نقل الضمان بحوالة الحق باعتراضات جدية، فمكتسب الملكية الذي، بعد أن يتحقق من عيب الشيء، يبيعه ثانيةً بثمن مخفض ويريد بالتأكيد الحفاظ على الإفادة من الضمان لكي يعوض عليه البائع. ولا يمكن الافتراض أنه توخى التنازل عنه خشية أن يخسر دعواه باحتجاج البائع بالتنازل[5]. كما أن مكتسب الملكية الثاني الذي يشتري شيئاً مشوباً بعيب ظهر له فيمكن شرعاً كردة فعل أولى القيام بالتصليحات والمفاوضة على تخفيض الثمن مع بائعه. وإذا كانت دعوى الضمان، رغماً عن كل شيء، جرى التنازل عنها، يمكن إبطالها لعدم وجود مقابل في غياب نية المتنازل في التبرع[6].

وأنواع التباين الأخرى تتعلق بالنظام القانوني للإواليتين. فحوالة الحق تفرض أولاً إتمام المعاملات المبينة في المادة 1690 من القانون المدني، وليست الحالة على هذا النحو أبداً في الدعوى المباشرة. ومبدأ حجية الدفوع المطبق في حوالة الحق، فضلاً عن ذلك، لا يحلل نظام الدعوى المباشرة التي، إذ تعطي حائزها حقاً مستقلاً جزئياً، تتيح له التمسك بحقوق أكثر من حقوق المدين الوسيط ضد دائنه الفرعي[7]. والنقل يتم بين الفريقين، أخيراً، ما أن يعطيا موافقتهما على حوالة الحق. فيتعذر على المتنازل عندئذ الاعتداء على الحقوق

---

(1) انظر MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 1273، صفحة 1292.

(2) انظر B. STARCK، المرجع عينه، الجزء III، الطبعة الرابعة، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 48، صفحة 29.

(3) انظر B. STARCK، الفهرس المدني V الدعوى المباشرة، 1970، رقم 20 ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 84، صفحة 55. وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 410 وما يليه والإسنادات المستشهد بها.

(4) انظر Ph. JESTAZ، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 23 آذار 1968، المذكور سابقاً.

(5) J. GHESTIN et B. BESCHÉ، المرجع عينه، رقم 1030، صفحة 1050.

(6) انظر J. CARBONNIER، تعليق في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1955، صفحة 674، رقم 1.

(7) انظر الرقم 841 اللاحق.

التي اكتسبها المتنازل له، إلاّ أن يكون مسؤولاً تجاهه[1]. والمقابل، في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة غير الكاملة، بإمكان المدين الوسيط شرعاً إقامة دعوى الإيفاء ضد مدينه إلى أن يمارس الدائن دعواه[2].

741 ـ الوكالة.

هذه الإوالية التي نادراً ما يثيرها الفقه لا تتيح تسويغ الدعوى المباشرة للإيفاء ولا دعوى الضمان والمسؤولية من القانون العام: لا يمكن أن يماثل الدائن بموكل يقاضي مديني مدينه الذي يوصف بالوكيل[3].

ثمة دعوى مباشرة ثنائية الجانب كان من المراد، بصورة أخص، تفسيرها بمبدإ التمثيل، ويملكها الموكل على أساس المادة 1994، الفقرة 2، من القانون المدني، ضد الوكيل المستبدل، ودعوى أخرى، على العكس، يمنحها الاجتهاد للوكيل المستبدل ضد الموكل[4]. وهكذا ظن السيد Cozian أنه «لا شيء يمنع (. . .) التمثيل من القيام بدور على درجتين»[5]. ومع أن محكمة النقض بدا أنها قبلت ذلك ضمنياً بالحكم بأن الموكل والوكيل المستبدل متحدان «برباط عقدي»[6]، فقد جرى، بصواب، بيان أن مفهوم التمثيل كان بلا تأثير، ذلك بأنه، إذ يؤدي مبدئياً إلى زوال تمثيل الوكالة منذ إبرام العقد[7]، لا يمكن تفسيره في مادة استبدال الوكالة، إذ يبقى الوكيل الأولي، وهو أبعد من أن يكون أجنبياً عن المهمة التي أنيطت به، «على العكس الشريك الأساسي للموكل»[8].

742 ـ الإنابة.

من السهل التفريق بين الدعوى المباشرة والإنابة في الدين، مع أنه جرى الأخذ أحياناً

---

(1) M. PLANIOL et G. RIPERT، المرجع عينه، الجزء VII، تأليف J. RADOUANT، رقم 1128، صفحة 449.

(2) انظر الرقم 833 اللاحق.

(3) انظر حول المسألة Ch. JAMIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 242 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الأول 1967، D.1961، صفحة 491، تعليق J. BIGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، صفحة 700، ملاحظة G. CORNU، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 233، صفحة 174 . ـ 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71 . ـ 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية IV، رقم 320، صفحة 231.

(5) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 71، صفحة 47.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، II، رقم 47، صفحة 38.

(7) انظر الرقم 582 السابق.

(8) Ph. PETEL, Les obligations du mandataire، منشورات Litéc، 1988، مقدمة M. CABRILLAC، رقم 360، صفحة 227، ورقم 333 وما يليه.

بأن الدعوى المباشرة ليست سوى مفعول الإنابة في الدين[1].

إن للإنابة، من جهة أولى، أساساً عقدياً يتطلب رضا كل من الفريقين في العملية[2]، وليست الحال كذلك في الدعوى المباشرة. وأكثر من ذلك يلتصق تعبير «مباشرة» عموماً بالحق الذي يحوزه المناب لديه ضد المناب[3]. وليس هدفه سوى بيان استقلالية علاقاتهما وليس الهدف إحالة العلاقة التي تربطهما، فهذا الرباط لا يفترق عن الرباط الذي يقيمه أي دائن بمدينه.

والمناب، من جهة ثانية، ما عدا ما يتعلق بالدفع المستخرج من لا شرعية الموجب الأولي الذي يربط المنيب بالمناب، ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المناب لديه بأي من الدفوع التي يمكنه الاحتجاج بها ضد المنيب[4]. وبالمقابل لا تجعل الدعوى المباشرة التي لا تنشىء علاقة جديدة جزئياً بين المدين الفرعي والدائن سوى الدفوع الناجمة من ولادة الدين وحدها غير محتج بها ضد الدائن، بالنسبة إلى دعوى مباشرة كاملة، أو بعد ممارسة الدعوى في ما يختص بدعوى مباشرة غير كاملة[5].

وقد جرى الأخذ[6]، مع أن إوالية «الإنابة في إيرادات شريط سينمائي لا تشكل إنابة شرعاً[7]، وقد نظمها قانون 22 شباط 1944[8]، فإن هذه الإوالية تنتمي إلى الدعوى المباشرة. على أن كون حائزها، أي مقرض المال، يتغلب عليه، استناداً إلى المادة 6 من النص، الدائنون الذين يتمتعون بامتياز يتيح الشك في صحة هذا الوصف[9]. كما أن بعض المؤلفين يفضل الكلام على حوالة الحق، حتى على «رهن عقاري لصالح الدين»[10].

743 ـ الحلول الشخصي

نادراً ما حالف النجاح تسويغ الدعوى المباشرة بالحلول الشخصي[11]، ذلك بأن هاتين

---

(1) انظر الإسنادات التي استشهد بها B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً رقم 18.

(2) انظر M. BILLIAU, La délégation de créance - Essai d'une théorie générale de la délégation en droit des obligations، منشورات L.G.D.J، 1989، مقدمة J. GHESTIN، رقم 139 وما يليه.

(3) M. BILLIAU، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 139 وما يليه.

(4) M. BILLIAU، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 302 وما يليه. بيد أن المسألة تطرح لمعرفة ما إذا كان المناب بإمكانه الاحتجاج ضد المناب لديه بالدفوع التي يمكن أن يتمسك بها المنيب، انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 آذار 1992، وحكم الغرفة التجارية، 25 شباط 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 21922، تعليق M. BILLIAU.

(5) انظر الرقم 833 اللاحق.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 276 وما يليه.

(7) M. BILLIAU، الأطروحة المستشهد بها سابقاً، رقم 391، صفحة 356.

(8) أصبح النص القانوني مندمجاً بالمواد 31 إلى 44 من قانون الصناعة السينمائية.

(9) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 144، صفحة 114.

(10) D. LEGEAIS, Les garanties conventionnelles sur créances، منشورات، Economica 1986، توطئة J. STOUFFLET، مقدمة Ph. RÉMY، رقم 379، صفحة 219.

(11) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 245، صفحة 217، والإسنادات المستشهد بها.

الإواليتين كل منهما بعيدة كل البعد عن الأخرى.

فقبول الدعوى المباشرة خارج شروط المادة 1250 من القانون المدني لا يتيح خلطها بالحلول الاتفاقي. يضاف إلى ذلك أن الإيفاء المسبق أو الملازم الذي تفرضه من حيث المبدأ محكمة النقض[1] لقبول الحلول بقوة القانون لا يتوافق مع مختلف مظاهر الدعوى المباشرة[2].

ومن المناسب الإجابة على السؤال المتعلق بالطابع الحلولي للدعوى المباشرة للضمان ـ إيفاء مكتسب الملكية الثاني الثمن بجعله يحل محل سلفه في حقوقه ـ بالنفي. فهذا الإيفاء، من جهة أولى، لا يشكل. على عكس بيع الشيء، الفعل المولد للدعوى الماشرة: بإمكان مكتسب الملكية الثاني مقاضاة البائع السابق مع أنه لم يسدد الثمن بعد. ونظاما الحلول والدعوى المباشرة متميزان من جهة ثانية: الحالّ، على عكس حائز الدعوى المباشرة، يساهم مع دائني المُحل ويمكن أن يحتج المدين ضده بمجموعة الدفوع التي يستطيع هذا المدين الاحتجاج بها في وجه المحل.

كما أن محكمة النقض فرقت بين الدعوى المباشرة للضمان والحلول إذ حكمت، ومكتسب الملكية الثاني يحوز دعوى عقدية مباشرة وليس دعوى حلول، بأنه لا مجال للبحث عما إذا كان العيب خفياً بالنسبة إلى البائع الوسيط[3].

744 ـ الفضول.

جرى التمكن من اللجوء إلى الفضول لتسويغ قبول الدعوى المباشرة في عدد من الأوضاع، مع أن التفسير بقي هامشياً.

وهكذا أثير الفضول، من جهة أولى، لتسويغ الدعوى المباشرة للعامل ضد رب العمل[4]، ومن جهة ثانية لتسويغ الدعاوى المعترف بها لصالح الضحايا في مادة تأمين

---

(1) J. MESTRE, La subrogation personnelle، منشورات L.G.D.J، 1979، مقدمة P. KAYSER، رقم 4، صفحة 7. قارن بتلطيف شرط تلازم الإيفاء بالحلول في مادة وسيلة تحصيل الديون في حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1990، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 661، رقم 9، ملاحظة J. MESTRE. ـ 20 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، رقم 48، صفحة 30. وكذلك P. CHAUMETTE, La subrogation personnelle sans paiement، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، ولا سيما رقم 36 وما يليه، صفحة 47 وما يليها.

(2) يسمح بالتردد في مادة استبعاد المصاريف. غير أن المحامي، أو الوكيل لا يقوم إلا بتقديم «سلفات» لصالح زبائنه، وعبء الإيفاء يقع على عاتق الفريق المتخلف عن الحضور في حالة ربح الدعوى.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186.

(4) Ch. DEMOLOMBE, Traité des contrats ou des obligations coventionnelles en général، الجزء II، الطبعة الثانية، رقم 139، صفحة 144 وصفحة 145 ـ M. TROPLONG, Traité de l'échange et du louage، الجزء III، رقم 1049، صفحة 259.

المخاطر الإيجارية[1]، حتى تأمين المسؤولية من القانون العام[2]. كما أن بعض المؤلفين لجأ إلى هذا المفهوم لتخصيص تعويضات تأمين بالدائنين المرتهنين العقاريين وأصحاب الامتياز[3] أو إلى دعوى استبعاد المصاريف[4].

بيد أن المدين الوسيط، في مجموعة الفرضيات المعنية[5]، مجرد من نية الإدارة animus gerandi، في حين أن ذلك راجع في الفضول[6]. وخاصية النظام القانوني لشبه العقد هذا لا يتيح، فضلاً عن ذلك، تحليل الحلول المقبولة في مادة الدعوى المباشرة.

وعلى سبيل المثال برهن Solus بشكل مدهش على أن دعوى العمال المباشرة إذا كانت متحدرة من الفضول، فإن رب العمل لن يكون ملزماً تجاههم في الحد الذي ما يزال ملتزماً به تجاه المقاول عندما يمارس هؤلاء دعواهم استناداً إلى المادة 1375 من القانون المدني، مما يسمح للعمال تحصيل مجموع «النفقات التامة حتى ما يعادل فائض القيمة الذي أصاب الشيء بالأشغال المنفذة»[7]. كما أن نظام الفضول، المطبق على تأمين المسؤولية، يوجب على الضحية ما أن يتم التعويض عليها أن تسدد للمؤمِّن الفضولي علاوات التأمين المدفوعة للمؤمِّن[8].

2) الإواليات الموضوعية

745 ـ أساسان قانونيان لا يعودان في شيء إلى إرادة المدين الوسيط والمدين الفرعي جرت إثارتهما لتسويغ بعض مظاهر الدعوى المباشرة ولهما علاقة بالقول المأثور التابع يلحق بالأصل، وكذلك بالحلول الحقيقي.

---

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 31 كانون الأول 1962، Dalloz الدوري 1863، 1، صفحة 423. وكذلك R. CHAROY, Etude sur la subrogation en matière d'assurances، أطروحة في باريس، 1900، صفحة 170 وما يليها، PHLIBERT, Assurance du résque lacatif، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1860، الأسبوع الثاني، صفحة 454.

(2) انظر بالنسبة إلى الدراسات الناقدة A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 72 وصفحة 73 ـ L. SERGENT، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 130 وصفحة 131 ـ P. DENAVE, Rapport entre la responsabilité civile et l'assurance، أطروحة في ليون، 1935، صفحة 39.

(3) M. CANCEL, De l'attribution légale des indemnités d'assurances aux créanciers privilégiés et hypothécaires أطروحة في تولوز، 1901، صفحة 29.

(4) Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 140، صفحة 145.

(5) انظر مع ذلك بالنسبة إلى الحالة الخاصة لاستبعاد المصاريف Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 249، صفحة 222.

(6) R. BOUT, La gestion d'affaires en droit français contemporain، منشورات L.G.D.J، 1972، مقدمة P. KAYSER، رقم 22، صفحة 19.

(7) H. SOLUS، الاطروحة المذكورة سابقاً، رقم 156، صفحة 214.

(8) A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً، صفحة 73. وحول مجمل المسألة، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 247 وما يليه.

746 ـ القول المأثور التابع يلحق بالأصل يثار دائماً في ثلاث سلاسل من الفرضيات.

يتيح مفهوم التابع اليوم تسويغ الدعوى المباشرة للضمان وللمسؤولية من القانون العام المبنية على عدم المطابقة ما دام أن سلسلة من العقود، ولو كانت متنافرة، تؤدي إلى نقل ملكية الشيء. وفي هذه الحالة تنقل الدعوى إلى الدائن بالتبعية للشيء الذي نقلت الملكية إليه.

والاجتهاد الحالي، كما ظهر عقب حكم الهيئة العامة لمحكمة النقض بكامل أعضائها في 12 تموز 1991[1]، يلجأ إلى مفهوم التابع في ثلاث سلاسل من الفرضيات.

وهذا المفهوم، مع أنه يثار بمنهجية أقل، يسوغ دعوى ضمان نزع اليد[2] والعيوب الخفية[3]، وكذلك دعوى المسؤولية من القانون العام المبنية على عدم المطابقة في المبيعات المتعاقبة[4].

كما يتيح تفسير دعاوى الضمان القانوني لمكتسبي ملكية عقار متعاقبين ضد البائعين وصانعي المكوّنات[5]، وكذلك دعوى المسؤولية من القانون العام العائدة إلى هؤلاء المكتسبين ضد مؤجري العمل المستقل، في حين أن شروط العمل بالضمان القانوني المبينة في المادتين 1792 و2270 من القانون المدني غير مجتمعة[6].

ويتيح أخيراً تسويغ الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية من القانون العام المبنية على

---

(1) انظر الرقم 733 السابق، وكذلك في شأن تقديم عام وناقد Ch. JAMIN، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G،I، 3608، صفحة 368 وصفحة 369.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 50، D.S.1991، صفحة 25، تعليق J. KULLMANN.

(3) الاجتهاد مستقر منذ حكم غرفة العرائض في 12 تشرين الثاني 1884، D.P.85، 1، صفحة 357؛ S.86، 1، صفحة 149. انظر منذ وقت قريب، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول، 1991، العقود، الإبرام، الاستهلاك، 1993، رقم 25، ملاحظة L. LEVENEUR: «يتمتع صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثاني، بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى سلفه ـ 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية I، رقم 20، صفحة 14: «دعوى ضمان العيوب الخفية تنتقل، من حيث المبدأ، مع الشيء المباع إلى مكتسب الملكية الثاني».

(4) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 آذار 1983، مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة G،II، 20295، تعليق P. COURBE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، تعليق Ph. RÉMY.

(5) الاجتهاد مستقر منذ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض في 28 تشرين الثاني 1967، النشرة المدنية، I، رقم 348، صفحة 260؛ D.1968، صفحة 163. المجلة الفصلية للقانون المدني، 1966، صفحة 363، ملاحظة G. DURRY، صفحة 391، ملاحظة G. CORNU. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 26 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72.

(6) انتهت هذه الدعوى التي رفضتها في أول الأمر الغرفة المدنية الثالثة (حكم 25 تشرين الأول 1989، المستشهد به في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، صفحة 288، رقم 1، ملاحظة P. JOURDAIN) إلى قبولها: حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 168، صفحة 102.

عدم المطابقة[1]، وبالتأكيد دعوى ضمان العيوب الخفية[2] التي يمارسها صاحب العمل المستقل ضد الصانع.

747 ـ نقد اللجوء إلى مفهوم التابع

اللجوء إلى مفهوم التابع، مع أنه يجنب البحث عن توافق إرادات وهمي إلى حد ما وتسنده المادة 1615 من القانوني المدني، قابل للنقد.

إنه، في المقام الأول، متناقض مع تطور الاجتهاد الذي لا يستخرج جميع نتائج نقل الدعوى المحققة على هذا النحو.

والمدين الوسيط، من حيث المبدأ، إذا كانت دعواه قد نقلت إلى الدائن، لن تكون أمامه مراجعة ضد المدين الفرعي إلاّ المراجعة المبنية على الحلول الشخصي. ولن يكون بإمكانه أن يطالب المدين الفرعي إلاّ بتعويض تستنتج حصته في المساهمة من تحقق الضرر. والحال أن الاجتهاد، على الأقل في مادة المبيعات المتعاقبة، يقدر دعوى المدين الوسيط للرجوع بالوفاء كما لو أنه احتفظ بالدعوى التي يستمدها من العقد الأولي[3].

والاجتهاد، في غياب دعوى الرجوع بالوفاء، يقبل إمكانية المدين الوسيط، مع أنه نقل ملكية الشيء إلى خلفه، في مقاضاة سلفه إذا كان محتفظاً بمصلحة مشتركة وأكيدة[4]،

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، III، رقم 226، صفحة 157 . ـ 28 تشرين الأول 1991، المذكور سابقاً ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6 ـ حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986، D.S.1986، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة G، II، 20616، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 543، تعليق J. M. BERLY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 364، ملاحظة J. HUET، صفحة 594، ملاحظة J. MESTRE، صفحة 605؛ ملاحظة Ph. RÉMY؛ D.S.1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري 1985، الطبعة G، II، 23087، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ D.S.1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مجلة قصر العدل، 1985، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULEAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 406، ملاحظة Ph. RÉMY؛ صفحة 588، ملاحظة J. HUET. ومع أن الهيئة العامة بكامل أعضائها (7 شباط، 1985) الحكم المذكور سابقاً، بتت صراحة بدعوى عدم المطابقة وحدها، فلا شيء يمنع إمكانية امتداد الحكم المعتمد إلى ضمان العيوب.

(3) J. GHESTIN et B. DUSCHÉ، المرجع عينه، رقم 1008 وما يليه.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1979، النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 53 . ـ 20 نيسان 1982، النشرة المدنية، III، رقم 95، صفحة 66 ـ 26 نيسان 1983، النشرة المدنية، III، رقم 91، صفحة 72 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988، النشرة المدنية، I، رقم 20، صفحة 14، D.S.1988، صفحة 38 من التقرير ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 شباط 1988، النشرة المدنية، III، رقم 41، صفحة 22. قارن بحكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، III، رقم 407، صفحة 312.

والحال أن معظم الأحكام التي أكدت هذا المبدأ[1] فعل ذلك في أوضاع فضل فيها المستفيد من الدعوى مقاضاة المدين الوسيط بدلاً من المدين الفرعي. وينتج عن ذلك أن النقل المحتمل للدعوى خاضع لإرادة المدين الوسيط وحدها. على أنه من التناقضي الأخذ، من جهة أولى، بأن الدعوى تنقل بالتبعية لنقل الشيء - بالتالي آلياً - وأنها تبقى، من جهة ثانية، بصفة احتياطية لصالح المدين الوسيط -وبالتالي لم تنقل - إذا كان المستفيد لا يرغب في استعمالها.

ونقل الدعوى، فضلاً عن ذلك، يستدعي منطقياً أن لا يكون بإمكان الدائن الإفادة من حقوق لا يحوزها سلفه. والحال أنه يبدو أن الغرفة التجارية في محكمة النقض[2]، بالتناقض مع حكم أقدم للغرفة المدنية الثالثة[3]، عارضت حديثاً هذا المبدأ بقبول إمكانية مكتسب الملكية الثاني في مقاضاة البائع السابق بدون أن يكون من الضروري البحث عما إذا كان العيب خفياً بالنسبة إلى البائع الوسيط.

وأخيراً تناقض الحلول التي أوصل النقل إليها الاجتهاد الذي يضفي الصحة على البنود التحديدية للمسؤولية بين بائعي المنتجات ذاتها[4]. وهذا ما يمكن استخراجه من حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 26 أيار 1992[5]. كانت إحدى المؤسسات الاستشفائية قد ركّبت موضع مرجل عن طريق أحد المقاولين، وكانت المولدات البخارية قد زود الصانع المقاول بها. وعقب حدوث اختلال قاضت شركة Sochan، التي حلت محل المستشفى صاحبة العمل في حقوقها، المقاول والصانع. فرأى قضاء الأساس، بعد أن تحقق من تقصير الصانع في موجباته العقدية، أن بإمكان شركة Sochan الإفادة من ذلك وطلب التعويض منه مباشرة «بدون أن يكون البند الذي يحدد ضمانة الصانع لمدة سنة محتجاً به تجاهها، ما دام أن الصانع ليس في وسعه الاحتجاج في وجه المستثمر الحالّ بتحديد المسؤولية الذي لم يكن بإمكانه الإفادة منه سابقاً ضد المستشفى، وهي الجاهلة في هذا المجال». وقد جرى نقض هذا الحكم استناداً إلى المادة 1134 من القانون المدني بحجة أن الصانع «كان له الحق في الاحتجاج في وجه شركة Sochan التي مارست دعوى عقدية، بجميع وسائل الدفاع التي بإمكانه مواجهة شريكه في التعاقد بها». وينجم عن هذا الحكم أن بإمكان المهني أن يحتج في وجه الجاهل أو الشخص الذي حل محله الذي يمارس الدعوى المباشرة ببند تحديد الضمان المدخل في العقد الذي يربطه بمهني آخر من الاختصاص عينه. ويقتضي بالتضاد

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1979 و20 نيسان 1982؛ وحكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 كانون الثاني 1988،المذكور سابقاً.

(2) 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186.

(3) 28 تشرين الأول 1975، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 235.

(4) انظر J. GHESTIN et B. DUSCHÉ، المرجع عينه رقم 963 وما يليه.

(5) النشرة المدنية، III، رقم 175، صفحة 106.

الأخذ بأن بنداً كهذا لا يمكن أن يحتج به بائع مهني في وجه مكتسب الملكية الثاني، من الاختصاص عينه مع ذلك، ما دام أن شريكه في التعاقد، البائع الوسيط، جاهل هذا الاختصاص أو أن اختصاصه مختلف ويمكن إذاً التساؤل عما إذا كان وجود سلسلة عقدية يجعل المتعاقدين خلفاء بصفات متميزة يكفي لإفشال اجتهاد محكمة النقض حول مدى بنود تحديد الضمان.

وهذا اللجوء، في المقام الثاني، لا يشكل معياراً كافياً لتفسير قبول دعوى مباشرة أصلية. فمفهوم التابع بالفعل كان يثار في أول الأمر لكي يسوّغ، بالتناقض مع المبادىء الرومانية، نقل الدعوى لصالح مكتسب الملكية الثاني الذي كرست المادة 1166 من القانون المدني مبدأه. والحال أن هذا المفهوم عينه للتابع هو الذي سمح لاحقاً بإعطاء مكتسب الملكية الثاني الإفادة من دعوى مباشرة، ما أن جرى انتقاد كون هذا المكتسب يقاسم دائني المدين الوسيط ثمار دعواه[1]. وإذا كان مفهوم التابع يتيح تفسير نقل الدعوى، فليس له إذاً أي منفعة للقيام باختيار بين الدعوى غير المباشرة (oblique) والدعوى المباشرة.

748 ـ الحلول الحقيقي.

إن البرهان الذي أثير في الماضي لتسويغ الدعوى المباشرة لإيفاء الدائنين المرتهنين العقاريين وأصحاب الامتياز الذي يرتكز على الأخذ بأن تعويض التأمين يحل محل الشيء المؤمن استعاده قسم من الفقه في الفرضية عينها[2].

ولا يمكن الأخذ به لا لأنه يتعذر قبول كون مطرح الرهن العقاري أصبح يتناول ديناً أو لأن مقابل تعويض التأمين لا يكوّنه المال الضائع وإنما علاوة التأمين، بل أكثر من ذلك بسبب عجز الحلول الحقيقي عن تفسير الدعوى «المباشرة» التي تمارس ضد المؤمِّن. وبالفعل، إذا كان تعويض التأمين قد حل وحسب محل المال الضائع، فإن الدائنين أصحاب الامتياز والدائنين المرتهنين العقاريين بإمكانهم على الأكثر مقاضاة المؤمَّن وليس مؤمِّنه[3].

ب ـ استبدال إوالية أخرى

749 ـ إذا كان بعض المؤلفين قد تمكن من تفسير الدعوى المباشرة باللجوء إلى

---

(1) انظر الرقم 721 السابق.

(2) انظر A. PONSARD، الفهرس المدني، V الحلول (1976)، رقم 8 ورقم 14 ـ - Y. LAMBERT FAIVRE, Droit des assurances، موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، 1992، رقم 588 وما يليه ـ .R RANOUIL, La subrogation réelle en droit civil français، منشورات L.G.D.J، 1985، مقدمة .Ph MALAURIE، صفحة 88 وصفحة 89. وكذلك Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois personnes en droit privé أطروحة في بوردو، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، رقم 184، صفحة 416.

(3) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 222، صفحة 139.

أسلوب أكثر تقليدية، فإن غيرهم أنكر خاصيتها لكي يستبدلوا بها إوالية أخرى. وهكذا اختلطت الدعوى المباشرة للإيفاء بالامتياز والإثراء بلا سبب، وحجز مال المدين لدى الغير (الذي يقتضي اليوم أن يستبدل به حجز التخصيص)، والتجديد بدرجة أقل.

750 ـ إن الامتياز والدعوى المباشرة للإيفاء، إذ يتيح كل منهما بلا جدال تعزيز حقوق الدائن، هما متشابهان إلى درجة أن بعض المؤلفين لم يتردد في الخلط بينهما[1]. بيد أن هذا اللبس موضع انتقاد ذلك بأن الإواليتين تتمثل فيهما فروقات تقنية عميقة وتعبران عن أوضاع متميزة.

والدعوى المباشرة، تتيح، على الصعيد التقني، للدائن مقاضاة المدين الفرعي في صدد ذمته المالية لتجنب حتى احتمال مشاركة دائني المدين الوسيط، في حين أن الامتياز يفترض نزاعاً بين دائني المدين نفسه العديدين يفضل أحدهم على الآخرين[2]. ثم إن بدء العمل بالدعوى المباشرة للإيفاء لا يستوجب التدخل القضائي المسبق على عكس بدء العمل بالامتياز الذي يتطلب اللجوء إلى طرق التنفيذ العادية[3]. ويضاف إلى ذلك، وعلى عكس الامتياز ومفعوله أقل نشاطاً، ان الدعوى المباشرة تعطي حائزها جزئياً حقاً خاصاً يمنع على المدين الفرعي أن يحتج في وجهه بالدفوع التي بإمكانه التذرع بها ضد دائنه. والامتياز أخيراً يكون موجوداً قبل استعماله على عكس الدعاوى المباشرة للإيفاء، على الأقل عندما لا يؤدي إلى تجميد الدين منذ الأساس[4].

والدعوى المباشرة، في ما هو أبعد، تناظر إوالية أصلية تربط ثلاثة أشخاص بتجديد طريقة ولادة مفاعيل العقد[5] وتتيح التفكير في أن قبولها، على عكس الامتياز، ممكن خارج الأحكام القانونية وحدها.

وقد أخذ السيدان Mouly وCabrillac، بعد أن قبلا أن الدعوى المباشرة تختلف عن الامتياز «بسبب الحقوق الخاصة وتسهيلات التنفيذ التي توفرها لحائزها»، بأنها تشكل أمناً

---

(1) R. DEBRAY, Privilèges sur les créances et actions directes, أطروحة في باريس، 1928، صفحة 80 وما يليها ـ P. ROBINO, Les privilèges et autres causes de préférence sur les créances، أطروحة في بوردو، 1949، صفحة 78 وما يليها. وكذلك Ch. LARROUMET, Droit civil، الجزء III، الموجبات ـ العقد، الطبعة الثانية، رقم 795، صفحة 857 وما يليها.

(2) انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه رقم 140 صفحة 146. وكذلك H. SOLUS من بين مؤلفين آخرين، المرجع عينه رقم 77، صفحة 102 ـ A. WEILL، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 441، صفحة 757 وصفحة 758 ـ Ph. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil، منشورات L.G.D.J، 1968، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 167، صفحة 144 ـ G. GABET - SABATIER, La connexité dans le droit des obligations، أطروحة في باريس I، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1977، رقم 254، صفحة 243.

(3) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476، صفحة 288.

(4) Ph. JESTAZ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 167، صفحة 143.

(5) انظر الرقم 763 اللاحق.

حقيقياً خاصاً عندما تتجاوب مع معاييرها الثلاثة: «إن قصديتها، كتابعة لدين المستفيد، الإعداد حصراً لإيفاء أفضلي وذلك عن طريق تقنية التخصيص»[1].

ويبدو أن الطرح يرتكز على رؤية ضيقة جداً للدعوى المباشرة، ليس له، في المقام الأول، تأثير بالنسبة إلى الدعوى المباشرة للمسؤولية التي لا يمكن أن توصف كتابعة للدين عندما تقبل لتجنيب المدين الفرعي تحمّل بند حاضر للضمان يتضمنه العقد الذي يربطه بالبائع الوسيط[2]. وهو لا يأخذ في الحسبان، في ما يتعلق بمختلف دعاوى الإيفاء، علة وجود الإوالية. فهذه الإوالية تنزع قبل كل شيء إلى الاعتراف بوجود رباط قانوني خاص بين الدائن والمدين الفرعي بالسماح للدائن بحيازة حقوق خاصة تجاه المدين الفرعي تنفصل، على الأقل جزئياً، عن الدين الذي يملكه حائزه ضد مدينه المباشر[3]. فالدعوى المباشرة لا يمكن إذاً أن تماثل بالضبط بتابع دين حائزها تجاه المدين الوسيط، طالما أن بعض الحقوق التي تعطيها هذا الحائز، إذا نشأت مع هذا الدين، تكتسب استقلالية جزئية. وهكذا، مثلاً حكمت محكمة النقض بأن الدائن بإمكانه أيضاً ممارسة دعواه المباشرة في حين أن دينه تجاه المدين قد سقط بسبب عدم إثباته في المهل المطلوبة[4]. ولا يبدو، في الذهنية عينها، من الممكن الأخذ بأن الهدف الوحيد للدعوى المباشرة للإيفاء تأمين إيفاء أفضلي: طالما أن هذه الدعوى تهدف فقط، كما أكد ذلك بقوة Demolombe[5]، إلى وضع الدائنين (حائزي الدعوى المباشرة) في مواجهة مدينين «حقيقيين» (مدينين فرعيين)، فهذا الهدف يمنع ان يستفيد الدائنون، ما عدا الاستثناء، من وضع تفضيل بالنسبة إلى دائني المدينين الفرعيين[6]. وهم، إذا صح القول، في وضع كل دائن «عادي» تجاه مدينه. وغياب الأفضلية ذاته هو الذي يتيح استبعاد المعيار الذي هو النتيجة الطبيعية لذلك، والذي يستخرج من تخصيص دين المدين الوسيط لصالح المستفيد من الدعوى: يبدو، بالفعل، من الصعب الأخذ بأن ديناً كهذا مخصص بحصر المعنى لإيفاء المستفيد من الدعوى، مما يعني أن «يدفع له من المال بالأفضلية»[7]، لأنه يشترك طبيعياً مع جميع دائني المدين الفرعي، مع استثناء من هو مدينه وحسب[8].

---

(1) Droit des sûretés، منشورات Litec، الطبعة الثانية، 1983، رقم 571، صفحة 428 (نحن من شدد على ذلك). قارن بـ P. CROCQ, Propriété et garantie، أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1992، الجزء II، صفحة 322، التعليق 2.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) هكذا اعترف بعض الأحكام، في مادة تأمين المسؤولية، للدائن بحقوق أكثر ضد المدين الفرعي من حقوقه تجاه مدينه المباشر.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 21 تموز 1987، النشرة المدنية IV، رقم 202، صفحة 148.

(5) Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الجزء II، 1869، رقم 139، صفحة 145.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 520 وما يليه، صفحة 312 وما يليها.

(7) M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 2، صفحة 2.

(8) انظر الرقم 839 اللاحق.

ولا يمكن إذاً قبول ان الدعاوى المباشرة للإيفاء، على الأقل تلك التي تتجاوب مع أمنيات محركيها، يجب أن تختلط مع التأمينات العينية ذلك بأن العناصر المكوّنة غير موجودة. وبكونها تشكل أساليب توسيع مجال مفاعيل العقد[1] أكثر مما تشكل تأمينات، فهي تفسر أن دعاوى كهذه جرى قبولها خارج أساس قانوني أو عقدي على عكس التأمينات العينية[2]. فالأمر مختلف بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة التي وصفناها «بالاستثنائية» والتي لا تفعل سوى اقتباس تقنيتها بدون أن تتوافق مع علة وجودها[3]. إنها تتجاوب بصورة أكثر تأكيداً مع وصف التأمينات.

751 ـ أكد السيد Solus في أطروحته، إذ قبلت محكمة النقض مبدأ دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب التي لم تكن ممارستها في تلك الحقبة خاضعة لأي شرط محدد[4]، إن المواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني لا تولد أبداً دعوى مباشرة وإنما هي تطبيق لدعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب[5].

وإذا كان الانصاف يقرّب بين الإواليتين فإن شروط ممارستهما تفرق بينهما.

إن إثراء المدعى عليه أولاً هو شرط لدعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب، لأن هذه الدعوى موجهة ضده. والحال أن المدين الفرعي لا يثرى مطلقاً ذلك بأنه إذا استفاد من زيادة في قيمة ذمته المالية فيتوجب عليه مقابلها[6]. وعلى سبيل المثال، إذا كان صاحب العمل المستقل يستفيد من الأشغال التي تمت لصالحه فإنه يتوجب عليه تلازمياً الثمن للمقاول الأصلي. وهكذا أنكرت محكمة النقض، بعد أن بينت غياب إثراء المدين الفرعي بمضرّة الدائن الأصلي، على هذا الدائن حق ممارسة دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب ضد المدين الفرعي[7].

إن دائني المدين الوسيط الآخرين وحدهم هم الذين أثروا طالما أنهم يجدون في ذمة المدين الفرعي المالية قيمة، لم توجد فيها إلاّ بسبب إفقار الدائن الأصلي الذي لم يدفع له.

---

(1) مما له مدلوله بيان أن النقاش حول وصف تأمين الدعوى المباشرة، غير الموجود في القرن التاسع عشر، انطلق بعد نشر أطروحة السيد Cozian ‏(L'action directe، 1969، المذكورة سابقاً). عندما قارنها بالنسبة إلى دعاوى الإيفاء ذات الأساس القانوني وأعطاها وظيفة مزدوجة في التنفيذ والامتياز (القسم الثاني). ثمة إذاً تلازم وثيق بين مضمون هذا النقاش والمفهوم الذي يعطيه القانونيون للمفهوم ذاته للدعوى المباشرة.

(2) انظر M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 505، صفحة 380.

(3) انظر الرقم 803 اللاحق وما يليه.

(4) حكم غرفة العرائض، 15 حزيران 1892، Dalloz الدوري 92، صفحة 596؛ Sirey 93، 1، صفحة 281، تعليق J.B LABBÉ.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 170 وما يليه.

(6) انظر GABET - SABATIER، الأطروحة المذكورة سابقاً رقم 272، صفحة 252.

(7) 2 أيار 1938، Sirey 1938، 1، صفحة 247. انظر في شأن المقاولة من الباطن، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 319، صفحة 197.

فهل ينبغي إعطاء هذا الدائن دعوى ضد هؤلاء الدائنين؟[1]. يتعذر قبول هذا ذلك بأن إثراءهم ليس ظالماً طالما أنه يسوّغ بحقهم في الرهن العام على ذمة المدين الوسيط المالية[2].

وأخيراً لا يمكن منح دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب إذا لم يتوفر فيها شرط الصفة الاحتياطية الذي تفرضه محكمة النقض[3]. وما أن يحوز المدين، حتى المعسر، قيمة موجودات يكوّنه دين له على الغير، حتى يصبح بإمكان الدائن أن يستعمل إمّا دعوى غير مباشرة (oblique)، وإمّا حجز التخصيص لضبطها. وليست دعواه بلا طائل مما يسوّغ ممارسة دعوى التعويض من الإثراء بلا سبب، وهي تجبر فقط حائزها على تقاسم فائدة دعواه مع دائني المدين الوسيط المباشرة الآخرين[4].

752 ـ حجز التخصيص.

ليس الزمن زمن مقارنة بين الدعوى المباشرة والحجز لدى الغير[5] الذي أتاح لبعضهم بيان خاصية طبيعتها القانونية[6]. من الواجب الآن أن تقارن الدعوى المباشرة بحجز التخصيص الجديد. وبالفعل يتيح هذا الحجز «لأي دائن مزود بسند تقليدي يثبت ديناً معين المقدار ومستحقاً أن يحجز بين يدي الغير ديون مدينه التي تتناول مبلغاً من العملة».

ولا شك في أن اختصار نظام حجز التخصيص بالنسبة إلى النظام القديم للحجز لدى الغير يتيح مقارنة أشد وضوحاً أيضاً بالدعوى المباشرة. بيد أن الفوارق بين هاتين الإوليتين شديدة الأهمية بحيث لا يمكن الخلط بينهما.

في المقاوم الأول، إذا كانت ممارسة الدعوى المباشرة للإيفاء ـ وهي الوحيدة التي تكون المقارنة فيها ممكنة ـ تنتج مفاعيل مماثلة لمفاعيل طريق التنفيذ[7] فإنها تشكل مع ذلك تقنية خاصة بقانون الموجبات الذي لا يستدعي بالضرورة لبدء العمل بها إكراهاً شخص المدين الفرعي. وهكذا يستطيع صاحب العمل المستقل التخلص من موجبه تجاه المقاول من الباطن الذي يمارس ضده دعوى مباشرة بدون أن يكون ملزماً باللجوء إلى أي تنفيذ جبري. لا يمكن إذاً الكلام على ذاتية طبيعته بين إواليتين تتجاوبان مع قصديات متميزة.

---

(1) انظر في هذا الاتجاه H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 173، صفحة 245.

(2) انظر P. HÉBRAUD, L'action directe de la victime d'une dommage contre l'assureur، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1931، صفحة 490، رقم 2، التعليق 7 ـ A. PLANCQUEEL، الأطروحة المذكورة سابقاً صفحة 30.

(3) النقض المدني، 12 آذار 1914، 1918 ـ 19، صفحة 41، تعليق E. NAQUET. ـ 2 آذار 1915، Dalloz الدوري 1920، 1، صفحة 102.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكور سابقاً رقم 110، صفحة 70.

(5) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 266 وما يليه.

(6) انظر A. ROUAST، تعليق على حكم النقض المدني، 29 تشرين الأول 1929، Dalloz الدوري 1930، صفحة 33.

(7) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 317 وما يليه.

والفوارق بين نظاميهما، فضلاً عن ذلك، من شأنها منع أي لبس. فالدعوى المباشرة في أول الأمر معفاة مبدئياً من الشكلية، ولو كانت مختصرة، التي تميز حجز التخصيص[1]. يضاف إلى ذلك أنه يمكن بدء العمل بها بدون أن يكون الدائن حائز سند تنفيذي على عكس حجز التخصيص فحجز التخصيص، وهو طريق تنفيذ تناول هذا المال المنقول وهو مبلغ من العملة، ينبغي أن تكون ممارسته مشلولة بمقتضى المادة 47، الفقرة 2 من قانون 25 كانون الثاني 1983 ما دام أن المدين الوسيط يشكل موضوع إجراء تقويم قضائي. وبما أن أحد أسباب وجود الدعوى المباشرة هو بالتحديد، أن يجنّب حائزها المفاعيل المشؤومة لتخلف المدين الوسيط[2] فقد حكمت محكمة النقض بأن ممارستها لا تتوقف بافتتاح الإجراء الجماعي ضد المدين الوسيط[3].

وهناك، عدا هذين التفريقين الأساسيين، نقاط عديدة تجعل الدعوى المباشرة وحجز التخصيص متعارضين. فالدعوى المباشرة في أول الأمر، ليست معطاة إلاّ لفئة معينة من الدائنين (العمال، المقاولين من الباطن الخ). في حين أن حجز التخصيص هو في تصرف «أي دائن» للمدين المحجوز عليه. ثم إنه ليس من الأكيد أن ممارسة الدعوى المباشرة خاضعة لضرورة إفادة حائزها من دين معين المقدار ومستحق[4]. والدائن الحاجز، في حين أن حائز الدعوى المباشرة الخاصة يستطيع فقط الوصول إلى فئة معينة من المدينين الفرعيين (ليس بإمكان ضحية الضرر أن تقاضي إلاّ المؤمّن المسؤول، والمقاول من الباطن إلاّ صاحب العمل المستقل وحده، الخ) بإمكانه دائماً مقاضاة أيّ غيرٍ ما دام أنه يملك دين مبلغ من العملة على المدين الوسيط. وممارسة حق حائز الدعوى المباشرة الخاصة به يفسر لا حجية بعض الدفوع في حين أن الدائن الحاجز لا يجوز حقوقاً أكثر من حقوق مدينه.

753 ـ التجديد.

من المقبول تقليدياً أن الدعوى المباشرة لا تؤدي إلى التجديد[5] عندما لا تقوم

---

(1) انظر المادة 56 وما يليها من مرسوم 31 تموز 1992 الذي ينظم بدقة إجراء حجز التخصيص.

(2) انظر الرقم 719 السابق.

(3) انظر حكمي الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 15 حزيران 1979، Dalloz الأسبوعي 1979، صفحة 561، تعليق F. DERRIDA، ملاحظة A. HONORAT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19137، تعليق A. BESSON وJ. BIGOT (تأمين المسؤولية) ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة G، II، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX (مقاولة من الباطن استناداً إلى المادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975). ـ 15 تموز 1986، النشرة المدنية IV، رقم 158، صفحة 133؛ Dalloz الأسبوعي 1987، صفحة 192، تعليق J. MASSIP (دين غذاء).

(4) انظر الرقم 816 اللاحق.

(5) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 78، صفحة 105 ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 452 وما يليه، صفحة 275 وما يليها ـ B. STARCK، المرجع عينه، V، الدعوى المباشرة 1970، رقم 21.

باستبدال مدين بآخر: يحتفظ الدائن بحق مقاضاة مدينه الخاص[1]. والدعوى المباشرة، توفر له بالفعل ضماناً إضافياً، بكون المدين الوسيط والمدين الفرعي ملزمين تضامنياً تجاه[2]. والدعوى المباشرة، فضلاً عن ذلك لا تسقط الموجب الذي يربط المدين الوسيط بالمدين الفرعي لصالح موجب جديد يربط المدين الفرعي حائز الدعوى. فالمدين الفرعي، من جهة أولى، بإمكانه الاحتجاج ضد الدائن ببعض الدفوع التي بإمكانه الاستفادة منها تجاه المدين الوسيط[3]. ويستفيد الدائن من جهة أخرى، من التأمينات التي تضمن دين مدينه[4].

وتنص المادة 1185 من القانون الريفي، في شأن التأمين ضد مواد العمل الزراعي، على التجديد، إذ ورد في النص على أن «أمر الرئيس أو الحكم الذي يحدد الدخل المعطى يعين أن المؤمّن يستبدل به رئيس المؤسسة أو الاستثمار (. . .) بحيث يقطع الطريق أمام أي مراجعة للضحية ضد رئيس المؤسسة».

يضاف إلى ذلك النظام الآمر لأجرة الأرض الزراعية يعطي مستأجر عقار أو مال ريفي حق شفعة بإمكانه ممارسته عند ما يقرر مؤجره بيعه. ويستطيع المستأجر إذا جرى البيع تحايلاً على حقوقه مراجعة القضاء المدني المختص الذي يتوجب عليه إبطال البيع وإعلانه مكتسب الملكية بدلاً من الغير. وتنص المادة L.13-412، الفقرة 2، من القانون الريفي على أن «المصاريف وبدلات الإيجار والأكلاف المنفقة في مناسبة العقد، عند الاقتضاء، التي دفعها مكتسب الملكية المنزوع اليد يسددها المستأجر له». إن النص يحقق بداهة تجديداً باستبدال المدين عندما يتم إبطال البيع ويكون على المستأجر طبيعياً تسديد المبلغ للغير. بيد أنه يمكن أن يكون ثمة شك حول وصف العملية في غياب اجتهاد منشور يؤكد مبدأ لا حجية الدفوع أم لا.

والشك بالمقابل، غير مسموح به في ما يتعلق بالمادة L.2-125 من قانون العمل. فهذه المادة التي تعالج إوالية قروض اليد العاملة تضع نظام «استبدال» رئيس المؤسسة بالمقاول الذي نفذ الأشغال في حال تخلف رئيس المؤسسة عن «تسديد الأجور والإجازات المدفوعة وكذلك الموجبات الناجمة عن التشريع في شأن التأمينات الاجتماعية ومواد العمل والأمراض

---

(1) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 12، الذي يبين أن «إجراء الإيفاء المباشر لا يؤدي إلى زوال العقد ويترك للمقاول من الباطن إمكانية مقاضاة المقاول الأصلي». ـ حكم غرفة العرائض، 13 آذار 1872، S.72، 1، صفحة 331. ـ حكم محكمة استئناف فرساي (في ما يتعلق بالرسم)، 13 كانون الأول 1979، مجلة قصر العدل، 1981، 1، صفحة 155 من الموجز. وكذلك الرقم 1006.

(2) انظر الرقم 818 اللاحق.

(3) انظر الرقم 833 اللاحق.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 446 وما يليه ـ B. STARCK، المقالة الآنفة الذكر، رقم 78 ـ G. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, Les obligations، الجزء II، النظام، الطبعة الثانية، 1989، رقم 164، صفحة 149.

المهنية والتقديمات العائلية». وعليه ليست «الدعوى المباشرة التي تمنحها المادة 125 ـ 2 ـ 2°، الفقرة 2، للإجراء وهيئات الضمان الاجتماعي والتعويضات العائلية سوى نتيجة هذا الاستبدال. ولا يمكن مع ذلك مماثلتها بدعوى مباشرة أصيلة[1] عندما تضع الدائن، وهي ليست على الإطلاق شذوذاً عن الدعوى غير المباشرة، في خصام مع المدين الجديد. وبعبارة أخرى يتعلق الأمر بالدعوى التي يحوزها كل مدين ضد مدينه الخاص.

إنه المبدأ ذاته التي تنص على العمل به المادة L-8-124 من قانون العمل. وهذا القانون يفرض على مقاولي العمل الموقت أن يقدموا كفالة مالية تؤمن، في حال تخلفهم، دفع الأجور المستحقة والتعويضات واكتتابات الضمان الاجتماعي. وهذه الكفالة تعطيها الهيئات المبنية في المادة L.1-8-124 وحدها. وفي حالة عدم كفاية الكفالة «يستبدل» المستعمل بمقاول العمل المؤقت لتسديد المبالغ التي تبقى متوجبة عليه لمدة استخدام العمال الموقتين. والأمر يتعلق أيضاً بتطبيق التجديد وليس بتطبيق الدعوى المباشرة[2].

II ـ التحليل المعاصر

754 ـ لا مناص، أمام لا حجية اللجوء إلى أساس قانوني بحت للدعوى المباشرة الذي تكذبه الدراسة التاريخية لمسار قبولها، وأمام تسويغ مستخرج من مفهوم قانوني أكثر تقليدية وكل منهما ليس موضع نزاع، من البحث عن تفسير الإوالية خارج هذه البديلة.

بعض المؤلفين حاول أن يجد ذلك في ما سماه «مجموعات العقود» وفيها تكون الدعاوى المباشرة، للإيفاء أو للضمان، أحد مظاهرها في القانون الوضعي. والحل الذي لم تأخذ به الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في 12 تموز 1991 في مجال المسؤولية المدنية[3]، قابل للنقد.

ينبغي إذاً أن نحاول تجديد دراسة الطبيعة القانونية للدعوى المباشرة برفض مقارنتها، حسب صورة تقليدية، بمفهوم أقدم أو تقليصها، حسب الفقه المعاصر، كي لا تكون سوى إشارة تعقيد متنام مزعوم للعلاقات العقدية ـ إن موقفاً كهذا يؤكد إحالة الدعوى المباشرة لا يمكن أن يتلقى دعماً أفضل إلاّ في المفهوم الذي كان لدى الذين شعروا منذ الأساس بضرورة خلق إوالية كهذه ـ ويكشف تحليلهم الذي استعيد وإنما أصبح متجاوزاً مرة أخرى، إلى أي درجة يمكن أن يفسد هاجس العمل بمبدأ عدالة المعاوضة الحلول التقنية الأكثر اختباراً.

---

(1) انظر مع ذلك J. RIVERO et J. SAVATIER, Droit du travail، الطبعة الحادية عشرة، صفحة 104.

(2) من المناسب بيان أن المادة R.3-124، التي كانت تنص على أن «للأجراء وهيئات الضمان الاجتماعي والمؤسسات الاجتماعية دعوى مباشرة ضد المستعمل المستبدل على هذا النحو (...)» قد ألغيت في عام 1982.

(3) انظر الرقم 733 السابق.

أ ـ نظرية مجموعات العقود

755 ـ إذا كانت نظرية مجموعات العقود قد لاقت نجاحاً كبيراً لدى قسم من الفقه[1] فقد أثارت بعض التساؤلات[2] وكانت موضوع انتقادات عنيفة في مادة المسؤولية[3] قبل أن ترفضها في هذا المجال الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها[4].

إن اعتراض كهذا يتطلب استعادة دراسة مفهوم المجموعة العقدية بمقابلته بمفهوم الدعوى المباشرة التي يشكل تفسيرها الأخير لتقدير أساسها القانوني ومداها.

١) أساس منازع فيه

756 ـ ليست مجموعات العقود التعبير عن الحقيقة الاقتصادية.

يعود نجاح مجموعات العقود في قسم كبير منه إلى «واقعيتها الاقتصادية». وهذه الواقعية تلتمس أن يناظر تنوعاً وتعقيداً متناميين للعمليات الاقتصادية قواعد قانونية تتطور على إيقاع تحولات اقتصادية للمجتمع[5].

إن هذا التأكيد منازع فيه لسببين. يمكن إبداء الدهشة، من جهة أولى، من التأكيد الذي تكون بمقتضاه الوقائع الاقتصادية هي التي يجب أن تملي التفسيرات القانونية، إذ أن القانون لا يمكن أن يتقلص إلى «علم الوقائع»[6]. وهكذا يمكن على هذا النحو أيضاً الشك في النقل الصحيح للوقائع عن طريق القانون ذلك بأن «الإدراك القانوني للحقيقة ليس تسجيل الوقائع الخام: إنه نقل، وبالتالي هو تشويه ويمكن أن يكون خيانة»[7].

وهذا التشويه، حتى هذه الخيانة، أكيد أن في مادة المسؤولية. والملاحظة المزعومة

---

(1) انظر في ما يتعلق بالمؤلفات العامة Ph. MALAURIE et L. AYNÈS، المرجع عينه، الطبعة الرابعة، رقم 691 وما يليه ورقم 874، صفحة 496 ـ J-M. MOUSSERON, Techniques contractuelles، 1989، رقم 370 وما يليه ـ وكذلك J. CARBONNIER المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 20، صفحة 54، الذي يبين أنه يناظر «حقيقة قابلة للملاحظة».

(2) F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE، المرجع عينه، الطبعة الثانية، ولا سيما رقم 480، صفحة 371 ـ Ph. DELEBECQUE, La notion de groupes de contrats: quels critères، دفتر قانون المقاولات، 1989، صفحة 25؛ La transmission de la clause compromissoire، مجلة التحكيم، 1991، صفحة 19 وما يليها.

(3) انظر H. L. et J.MAZEAUD et F. CHABAS، المرجع عينه، الطبعة الثامنة، تأليف F. CHABAS، رقم 756، صفحة 888 وما يليها ـ Ph. CONTE، تعليق على حكم محكمة استئناف Agen، 7 كانون الأول 1988، مجلة قصر العدل، 1989، 2، صفحة 899.

(4) انظر الرقم 733 السابق.

(5) انظر B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 16، صفحة 8. انظر الرقم 731 السابق.

(6) M. VILLEY, Philosophie de droit الجزء I، تعاريف القانون وأهدافه، الطبعة الرابعة، 1986، رقم 112، صفحة 172.

(7) انظر Ch. ATIAS et D. LINOTTE, Le mythe de l'adaptation du droit au fait، Dalloz الأسبوعي 1977، صفحة 255 من العرض.

لحقيقة الوقائع أتاحت بالفعل الأخذ بحلين قانونيين متعارضين جذرياً في روحهما: كان الهدف المعلن لقبول الدعوى المباشرة للضمان في القرن التاسع عشر تفضيل الضحية، مكتسب الملكية الثاني والحالة هذه[1]؛ وفي القرن العشرين حث إعطاء دعوى المسؤولية العقدية لصالح[2] وقد تمكن بعض المؤلفين من الكتابة أنها تمنحه نفعاً هاماً جداً[3]، محكمة النقض باسم الحفاظ على التوقعية العقدية على الحكم بأن دعواه كانت «بالضرورة» ذات طبيعة عقدية[4] لا تمنح الضحية امتيازاً وإنما المدعى عليه.

ويصعب، من جهة ثانية، الأخذ بأن انطلاق الدعاوى المباشرة يعبّر عن حقيقة اقتصادية أكثر تعقيداً بلا انقطاع تكشف علاقات عقدية في مجموعات العقود[5]. إن معظم الدعاوى المباشرة، ولو كانت موضعة في صميم مجموعات كهذه، هي بالفعل خلق قديم لا يمكن، حتى في تفكير باعثيها، أن يكون هدفها قلب مفهوم فرداني للعقد.

وبالفعل تم قبول دعوى المؤجر المباشرة للإيفاء ضد المستأجر من الباطن[6] ودعوى العامل المباشرة ضد صاحب العمل المستقل[7] بتأثير أكيد من الرئيس الأول Troplong. والحال أن هاتين الدعويين، كما الدعوى المباشرة للضمان في المبيعات المتعاقبة، لم تكونا متوافقتين مع الأخذ في الحسبان حقيقة اقتصادية لم تكن قبلياً ذات تعقيد إلى أقصى حد، وإنما إرادة تفضيل حائزيهما اللذين لحقهما الإجحاف في ممارسة الدعوى غير المباشرة وحدها[8].

يضاف إلى ذلك أن المفهوم الفقهي للمجموعة العقدية يرتكز على أسس قانونية غامضة لا تتيح التوفيق بينه والتحاليل المقبولة إلى حد كبير.

757 ـ تشوّه مجموعات العقود مفهومي السبب والموضوع.

يتناول الغموض في أول الأمر مفهومي الموضوع والسبب. ويفرق السيد Teyssié بالفعل بين «سلاسل العقود» المتحدة بذاتية الموضوع، «عندما تكون عدة عقود (. . .)

---

(1) انظر الرقم 721 السابق.

(2) انظر في المقام الأول حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1937، D.P.1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAVATTER.

(3) انظر J. HUET, Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle - Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité، أطروحة في باريس II، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1978، رقم 510 وما يليه.

(4) انظر في المقام الأول حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية رقم 241، صفحة 192؛ Dalloz الأسبوعي 1980، صفحة 222 من التقرير، ملاحظة Ch. LARROUMET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 355، ملاحظة G. DURRY.

(5) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 476 وما يليه.

(6) النقض المدني، 24 حزيران 1853، D.P.53، 1، صفحة 124، S.53، 1، صفحة 321.

(7) حكم غرفة العرائض، 18 كانون الثاني 1854، S.54، 1، صفحة 441؛ D.P.54، 1، صفحة 121 ـ النقض المدني، 11 حزيران 1861، S.61، 1، صفحة 878.

(8) انظر الرقم 719 السابق.

منظمة، في صدد الشيء عينه، حول التقديم الأساسي نفس، مبرمة على التوالي»[1]، و«مجموعات العقود» المؤلفة من عدة عقود لها، وهي تهدف إلى البحث عن هدف مشترك، ذاتية السبب جزئياً على الأقل[2].

وتعتبر الفئة الأولى من المجموعات الموضوع كالشيء الذي يشكل موضوع التقديم الموعود به. وهذه النظرة إلى الموضوع قابلة للإدراك[3] على الأقل بالنسبة إلى السلاسل المسماة متجانسة التي تؤدي إلى تعاقب عقود ذات طبيعة قانونية متماثلة، كالمبيعات المتعاقبة: يكون الشيء المباع، موضوع العقد، هو نفسه دائماً.

إنها، إلاّ أن تجعل مفهوم الموضوع غامضاً، لا تناسب السلاسل المتنافرة للعقود التي تؤدي إلى تعاقب عقود طبيعتها القانونية متميزة. ونادراً ما يظهر، على سبيل المثال، من الممكن تحديد موضوع مشترك بين تقديمات صانع ومقاول وبائع وناقل تتعاقب عقودهم، إلاّ أن يؤخذ بأن «التقديم الأساسي» لكل منهم يرتكز في النهاية على تسليم شيء مصنوع لصاحب العمل المستقل. بيد أن هذا القاسم المشترك الأصغر لا يحلل مضمون خاصية كل من التقديمات المجراة.

ونادراً ما تتيح، فضلاً عن ذلك، إذا كان مفهوم ذاتية الشيء يمكن الأخذ به، على الصعيد القانوني، إضفاء صفة الفرقاء على أول السلسة وآخرها: إن ذاتية الموضوع في العقود غير كافية لإعطائها هذه الصفة[4]. إن القانون الوضعي، والحالة هذه، يقبل فقط أن يكون بإمكان حائز الدعوى المباشرة الإفادة من تنكر المدين الفرعي لأحد موجباته العقدية. ولا يمكن عندئذ وصفه بالفريق[5].

أما مجموعات العقود فترتكز على مفهوم توسعي للسبب بصورة خاصة. وهذا المفهوم بالفعل، في عرف السيد Teyssié، يرتكز على مبدأ نفساني بالنسبة إلى الأهداف الفورية وغير المباشرة التي تحتم توافق المتعاقدين[6]. والمؤلف، في هذا الصدد، إذ يستوحي تعليم H. Capitant، يأخذ بأن العملية الاقتصادية الإجمالية «تشكل هدفاً مشتركاً بين الفرقاء جميعاً، معروفاً منهم وقد أرادوه»[7].

وقد أخذ السيد Capitant بأن توافق الإرادات هو الذي يحدد الحقل العقدي[8].

---

(1) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 39.

(2) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 174، صفحة 95.

(3) انظر تكوين العقد، رقم 677، صفحة 655.

(4) انظر في هذا الاتجاه، L. AYNÈS, La cession de contrat، منشورات Economica 1984، مقدمة Ph. MALAURIE، رقم 165، صفحة 123.

(5) انظر الرقم 362 السابق.

(6) انظر B. TEYSSIÉ، المرجع عينه، رقم 65 وما يليه.

(7) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 67، صفحة 36.

(8) De la cause des obligations، موسوعة Dalloz، الطبعة الثالثة، 1927، صفحة 23.

والحال أن توافقاً كهذا غير موجود بين الأشخاص الذين، حتى ولو شاركوا في عملية اقتصادية مشتركة، ربما لم يتعاقدوا فيما بينهم. وعليه يرتكز تحديد الهدف المنشود والمعروف من كل الفرقاء على قرينة مستنتجة من وجود عملية إجمالية ساهموا فيها وليس من التعبير عن إراداتهم. وهذا المشاركة، إلاّ أن لا يعبّر إلاّ عن وهم، لا تشكل وحدها معياراً كافياً لتحديد امتداد إرادات أعضاء المجموعة العقدية. وبتعبير آخر، إذا كان منشط المجموعة قد جعله تحقيق المجموعة عاقد العزم بالتأكيد، فليس ثمة أي يقين يتعلق بتعدد المتعاقدين داخل المجموعة: هؤلاء المتعاقدون يدفعهم إلى التعاقد تنفيذ تقديمهم الخاص بهم.

يضاف إلى ذلك أن التحليل المعتمد يستوحي مفهوماً للسبب أخذ به اجتهاد[1] غير متوافق مع انتشاره الحالي. وبالفعل لا تقيم محكمة النقض اليوم وزناً لهدف الذي ينشده الفرقاء إلاّ لتقدير مشروعية السبب وليس وجوده[2].

إن مفهوم الفردانية الذي يقارن أحياناً بالسبب[3] يثار أيضاً لتمييز وجود مجموعة العقود[4].

ويمكن في أول الأمر التفكير في فردانية موضوعية تحقق «تراكب العقود الطبيعي»[5]. بيد أنه يبدو افتراض فردانية كهذه مستحيلاً عندما تكون العقود المتميزة التي تندمج في قلب المجموعات موجودة بحد ذاتها بدون أن تكون بحاجة قانوناً إلى دعم عقود أخرى. وتبقى استقلالية العقود القانونية هي القاعدة. ولا يعود إثبات الانقسامية من الممكن أن يركز إلاّ على معايير حديثة واقتصادية محيطها غامض إلى حد كبير. يبدو إذاً أن بإمكان المشترع وحده تنظيمها[6].

وإلاّ يمكن عندئذ الاستدارة نحو فردانية ذاتية. وهي مع ذلك صعبة الإثبات ذلك بأنه من الاستثنائي أن يعبر الفرقاء في عقود مختلفة تشمل المجموعة بشكل صريح عن إرادتهم في جعلها غير قابلة للإنفصال.

758 ـ تتنكر مجموعات العقود لمبدأ نسبية الاتفاقيات.

لا تعود علة الغموض الثانية إلى مفهومي الموضوع والسبب وإنما إلى مدى مبدأ نسبية الاتفاقيات المنصوص عليه في المادة 1165 من القانون المدني. وبالفعل ترتكز نظرية

---

(1) انظر B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 66، صفحة 35 والتعليق 9.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 841 وما يليه ورقم 879 وما يليه. انظر الرقم 685 السابق.

(3) انظر B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 315، صفحة 164.

(4) انظر J. CARBONNIER، المرجع عينه، الطبعة السادسة عشرة، الفقرة 20، صفحة 54. ـ Ph. DELEBECQUE, La notion de groupes de contrats: quels critères، دفتر قانون المقاولات، 1989/ 2، صفحة 25.

(5) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 316، صفحة 164.

(6) انظر في هذا الاتجاه J. MOURY, De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1994، صفحة 255، وما يليها ولا سيما رقم 10، صفحة 261.

مجموعات العقود على نقد فهم فرداني للمفعول النسبي[1]، يتيح وضع حدود هذا المفعول تجاه الأشخاص أعضاء المجموعة وليس تجاه الفرقاء المتعاقدين. وفي هذا الشأن يكشف انطلاق الدعاوى المباشرة للإيفاء وللضمان «وجود علاقات عقدية بين فرقاء المجموعة نفسها» مما يستبعد أن يكون هؤلاء الفرقاء «معتبرين كغير في علاقاتهم المتبادلة مما يستبعد مبدأ النسبية في صميم المجموعات»[2].

ومن البديهي أن المفعول النسبي يراعي، وليس ذلك إلاّ بسبب توسيع مفهوم الفريق في العقد. إن مفهوماً كهذا، كما بيّن السيد Conte، يقطع «الحبل السري الذي يربط دائماً بين المادتين 1165 و1134»[3] عندما يمد صفة الفريق إلى شخص لم يبرم العقود جميعاً وليست له سلطة تعديلها ولا وضع نهاية لها باتفاق الإرادات، أي بإجراء عقدي، واستناداً إلى مفهوم كهذا للمادة 1165 رفضت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها منذ وقت قريب حق صاحب العمل المستقل في ممارسة دعوى المسؤولية العقدية ضد مقاول من الباطن[4].

فنظرية مجموعات العقود المرتكزة على مفهوم «موضوعاني» لمبدأ الفريق المبني على التبادل الاقتصادي وحده تناقض معياراً ذاتياً مبنياً على دور الإرادة في الإجراء العقدي. إن مفهوماً كهذا لا يسمح بأي تسوية هو مصدر غموض يضعف الأساس القانوني للمفهوم الفقهي للمجموعة. وهذا المفهوم الذي يعبر عن إرادة تأمين التوقعية العقدية أكثر مما يعبر عن الأخذ في الحسبان الحقيقة الاقتصادية، ويقلب عدداً من المبادىء الموجهة للعقد، له أساس هش. ودراسة مداه تثير بعض التساؤلات.

2) مدى غامض

759 ـ تقوم مجموعة العقود بقسمة غير مسوّغة بين الدعاوى المباشرة.

يكشف مفهوم المجموعة العقدية المطبق على دراسة الدعوى المباشرة عن حدوده.

فقد أخذ السيدان Teyssié[5] وNéret[6] بأنه يجب التفريق بين الدعاوى المباشرة الداخلة في مجموعة عقدية وتلك التي ليست مندمجة فيها. فالأولى يمكن أن تكون ـ وكانت ـ مقبولة من قبل المحاكم خارج النص التشريعي عندما لا تناقض المبدأ الموسع لنسبية الاتفاقيات، والمقصود الدعاوى المباشرة غير التامة[7]. والأخرى، بالمقابل، أي الدعاوى

---

(1) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 54 وما يليه.

(2) B. TEYSSIÉ، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 584، صفحة 292.

(3) التعليق المذكور سابقاً، صفحة 902. وكذلك J. MESTRE, Les principes de l'effet relatif et de sa relativité، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1988، رقم 10، صفحة 125 وما يليها.

(4) 12 تموز 1991، المذكور سابقاً.

(5) المرجع عينه، رقم 560، صفحة 280.

(6) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 433، صفحة 316.

(7) انظر J. NÉRET، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 440، صفحة 319.

المباشرة التامة، تشكل مفاهيم أصلية لهذا المبدأ ولا يمكن أن تكون مقبولة، استثنائياً، إلا على أساس قانوني.

ويبدو تفريق كهذا غير صحيح على الصعيد التاريخي. وبالفعل كانت المحاكم تقبل بعض الدعاوى المباشرة التامة، في حين أن المشترع لم يجزها صراحة، وتشكل دعوى الضحية المباشرة للإيفاء ضد مؤمِّن المسؤولية المثال الأبرز وقد قبلتها محكمة النقض في حين أن إنشاء دعوى كهذه لم يكن ناتجاً عن حرفية قانون عام 1913 ولا عن أعماله التحضيرية[1]. بيد أن الأمر يتعلق بمثال واحد. فقد أجاز الاجتهاد ممارسة دعوى مباشرة لصالح الخزينة ضد الوديعين العموميين للأموال العامة وضد الغير الحائز[2]، ولصالح الوكيل المختص بالدعاوى ضد الفريق المتخلف عن الحضور[3] وصناديق الضمان الاجتماعي ضد المسؤولين عن الحوادث التي تصيب التابعين لهم[4] مع أنه ليس ثمة أي نص تشريعي كان في أساس هذه الدعاوى.

لا شك في أن غياب إجازة كهذه لا يستوجب بالضرورة غياب مناسبة الصلة بموضوع نظرية مجموعات العقود في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة الموضعة فيها. ولأن الاجتهاد في أساس الدعاوى المباشرة التامة، رغماً عن العقبة التي تشكلها المادة 1165 من القانون المدني، يمكن الاستنتاج أن معيار التفريق بين الدعاوى المباشرة لا يشكله بالضرورة هذا المفهوم «للمجموعة العقدية».

760 ـ لمجموعات العقود قيمة وضعية وحسب.

إن واقع كون الدعاوى المباشرة ليس لها أي أساس تقليدي مرضٍ[5] وكون انتشارها الحالي يندرج إلى حد كبير في قلب سلاسل عقود لا يعنيان بالضرورة أن هذه السلاسل تشكل «مجموعات» متماسكة تفسر هذا الانتشار. وبعبارة أخرى إن التراكب وحده للدعاوى المباشرة وما يوصف «بمجموعات العقود» لا يستدعيان أن تكون هذه المجموعات مفسرة هذه الدعاوى أو أن تكون الدعاوى المباشرة كاشفة وجود المجموعات. ويستوجب أقل من ذلك أن يشكل مفهوم المجموعة العقدية محاولة تسويغ فقهي بالاستدلال بالضد. إن معظم الدعاوى المباشرة، سواء أكانت مباشرة أو غير مباشرة، تم قبولها سابقاً بتدخل هذا المفهوم ولأسباب تسويغ أجنبية عنها[6].

---

(1) انظر الرقم 718 السابق.

(2) المرجع عينه.

(3) انظر الرقم 717 السابق.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 130 وما يليه.

(5) انظر الرقم 736 السابق وما يليه.

(6) انظر الرقم 715 السابق وما يليه.

761 ـ ليس لمجموعات العقود أيّ نظام قانوني خاص.

قبل حكم الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها في 12 تموز 1991[1]، في مادة المسؤولية من القانون العام بشكل أساسي، طرحت مسألة النظام القانوني للدعوى المباشرة[2].

ولا يستوجب الأخذ، في صميم مجموعات العقود، بأن دعوى المسؤولية «عقدية بالضرورة»، بدء العمل قبلياً بأي نظام قانوني خاص، خارج استبعاد نظام المسؤولية التقصيرية. بيد أن هذا الوصف، كما رأينا[3]، يقنّع إرادة منح امتياز توقعية المدين الفرعي العقدية. وليس ما يدهش قبول الغرفة المدنية الأولى إمكانية الدائن في مقاضاة المدين الفرعي «ضمن الحد المزدوج لحقوقه وامتداد تعهده»[4]. على أن وجود هذا «الحد المزدوج» أثار تساؤلات عديدة مما ينقص مدى اللجوء إلى مفهوم المجموعة العقدية.

وهذه التساؤلات جرى التعبير عنها على وجه الخصوص في المادة العقارية. فقد بدا النظام في أول الأمر مناقضاً لأحكام قانون 4 كانون الثاني 1978 المتعلق بمسؤولية البانين. فهذا النظام يستبعد المقاول من الباطن من حقل تطبيقه، إلاّ في الفرضية المبنية في المادة 1792 ـ 4 من القانون المدني عندما يكون أيضاً صانع المكوّنات. إن السماح للمقاول من الباطن بالإفادة من عقد مبرم بين المقاول الأصلي وصاحب العمل المستقل يتيح بصورة غير مباشرة اندماجه في حقل تطبيق القانون وجعل المادة 1792 ـ 4، التي تطبق على صانع المكوّنات الذي يمكن أن يكون المقاول من الباطن، المسؤولية وحدها الملقاة «على عاتق مؤجر العمل المستقل الذي بدأ بدون تعديل (. . .) بتنفيذ العمل المستقل بقسم من العمال المستقل أو بعنصر تجهيز، بلا موضوع». يضاف إلى ذلك أن النظام يمكن أن يولد أوضاعاً معقدة. وهكذا بإمكان صاحب العمل المستقل الذي يعمل في حدود حقوقه التمسك بنصوص الضمان القانوني الملقى على عاتق الباني في حين أن المقاول من الباطن، الذي يواجهه بمدى تعهده، يمكنه أن يعكس الحجة بأنه غير خاضع إطلاقاً لهذا النظام[5]. ويبدو أخيراً، خارج المجال العقاري، من الصعب تحديد حل عندما ينص أحد العقود على موجب أسباب تسويغ والآخر على موجب نتيجة[6]. وبصورة أعم عندما لا يكون العقدان خاضعين لنظام

---

(1) المذكور سابقاً.

(2) انظر حول محاولات إقامة نظام متماسك، G. VINEY, L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats، المقالة المذكورة سابقاً، ولا سيما صفحة 420 وما يليها ـ R. DE QUÉNAUDON، تعليق على حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 تشرين الأول 1989، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة G، II، 21568، رقم 9 وما يليه.

(3) انظر الرقم 732 السابق.

(4) 8 آذار 1988 المذكور سابقاً.

(5) J. P. KARILA, Garanties légales et responsabilité de droit commun des locateurs d'ouvrages immobiliers après réception de l'ouvrage، Dalloz الأسبوعي 1990، صفحة 321 من العرض.

(6) Ph. RÉMY، ملاحظات في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 110.

قانوني مماثل، تثير ممارسة الدعوى صعوبات بالضرورة.

والحظوة الممنوحة للمقاول من الباطن التي أنشأها، فضلاً عن ذلك، مفهوم المجموعة العقدية، لا تحلل نظام الدعاوى المباشرة للإيفاء. وكما سنرى[1] ينزع هذا النظام بالفعل إلى إعطاء امتياز لحائز الدعوى بتأكيد الحق الخاص الذي يحوزه ضد المدين الفرعي.

762 ـ لا تشكل النظرية الفقهية لمجموعات العقود التي لها أساس هش ومدى غامض تفسيراً مرضياً للدعوى المباشرة.

ينبغي إذاً الرجوع إلى المصادر الفقهية للإوالية لفهم أنها كانت إلهام الاستنتاج نظرية مستقلة من ذلك.

ب ـ محاولة نظرية جديدة: الدعوى المباشرة إوالية تصحيحية مستنتجة من مبدأ عدالة المعاوضة.

763 ـ النيل من الإنصاف غير كافٍ لتسويغ قبول الدعوى المباشرة.

المسألة التي يقتضي حلها هي مسألة معرفة سبب تمكن الفقه والاجتهاد من اكتشاف مفهوم الدعوى المباشرة خلال القرن التاسع عشر، في حين أن إوالية كهذه كانت تصطدم، من جهة أولى، بمبادىء نسبية الاتفاقيات والمساواة بين الدائنين، وتتجاوز، من جهة ثانية، القانون العام للدعوى غير المباشرة.

وقد ظهر تحليل للأدب القانوني بين عامي 1821 و1914 أي في حقبة ظهرت فيها «النظرية التفسيرية» للدعوى المباشرة[2]، بيّن أن معظم قانونيي تلك الحقبة، رغماً عن اعترافات كانت موجودة، بدون الأخذ بنصوص المواد 1165 و1166 و2092 وحدها، أراد تجاوزها استناداً إلى النيل من الإنصاف التي ولده العمل بها في بعض الأوضاع.

وهذا النيل إذا كان يثار على الدوام[3]، فليس في وسعه أن يسوّغ إلا قبول امتياز على دين[4] بدون السماح بممارسة دعوى مباشرة في ذمة الغير المالية.

وقد شاء السيد Jestaz تفسير وجود الدعوى المباشرة بالأخذ بأن هذه الدعوى يجب أن تتيح للدائن الحصول بأسرع ما يمكن على تجميد دينه في ذمة الغير المالية وتحصيل مبلغ دينه منها بسرعة[5]. وهذا التحليل مهما كان مغرياً لا يتعلق إلاّ بمفاعيل الإوالية بدون تحليل

---

(1) انظر الرقم 813 اللاحق وما يليه.

(2) انظر الرقم 716 السابق وما يليه.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، V الإنصاف، والإسنادات المستشهد بها، ولا سيما رقم 299، صفحة 268.

(4) انظر Ph. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil، منشورات L.G.D.J، مقدمة P. RAYNAUD، رقم 171، صفحة 147.

(5) الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 172، صفحة 147.

أساسها: لماذا تفرض العجلة نفسها في بعض الأوضاع؟

غير أن القليل من المؤلفين أعلن رأيه صراحة وليس مجزءاً أبّان القرن التاسع عشر مما يجعل تحديد أساس للدعوى المباشرة يتوافق مع المفهوم الذي كان لدى الطائفة القانونية أشد صعوبة. إلاّ أن نصين مهمين للسيدين Demolombe وLabbé كان الاستثناء. فقد أتاحت دراستهما تحديد أسباب وجود الدعاوى المباشرة والتفريق، في صميمها، بين التي تتوافق مع إوالية تصحيح مبدأ نسبية الاتفاقيات وتلك التي تتماثل بأنماط الإيفاء المختصرة.

1) الإوالية المصححة مبدأ نسبية الاتفاقيات

764 ـ إن نصي Demolombe وLabbé يكشفان فكرة مؤلفي القرن التاسع عشر إذ استعادا، وقد جاءا بعد القبول الاجتهادي للدعاوى المباشرة، التفسيرات التي قدمت لتسويغها وناقشاها، بدون التنكر للطريقة التي استوحاها أسلافهما.

765 ـ فرضية Demolombe

أخذ Demolombe بأن الدعاوى المباشرة التي تنشئها، حسب رأيه، المواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني والمادة 133 من مدوّنة الإجراء المدني والمادة 3 من مرسوم 12 كانون الأول 1806 تسوّغ بالإنصاف بكون حائزيها هم مبدعو القيمة الموضوعة في ذمة مدينهم المالية. ويستنتج المؤلف من ذلك أن «الدائنين الآخرين يثرون بالفعل بمضرّتهم إذا جرى تسديد ديونهم من هذه القيمة قبل الدين تم إرضاؤهم منها»[1]. بيد أن تحليلاً كهذا لا يسوّغ سوى وجود امتياز[2]. والحال أن المؤلف يعارض هذه المماثلة. إنه يبين بالفعل أن إدارة عمل المقاول من الباطن عن طريق الموكل، يسوّغ العامل والوكيل وجود دعوى مباشرة وشخصية لصالحهما[3]. كما أن إشغال المستأجر من الباطن الأماكن المؤجرة من المؤجر يسوّغ دعوى هذا المؤجر المباشر. وهذه الدعوى تفترق تقنياً عن الامتياز طالما أن حائزيها الذين يقاضون مباشرة في شأن ذمة المدين الفرعي المباشرة ليسوا في تنافس مع دائني المدين الوسيط الآخرين[4]. وفي ما عدا ذلك أتاح الرباط القانوني الذي يعبّر عنه الفضول وإشغال الأماكن المؤجرة، اللذان إذ يسوّغان وجود دعوى مباشرة، للمشترع وضع هؤلاء الدائنين المفضّلين «أنفسهم مباشرة في مواجهة المدين الحقيقي الذي هم أنفسهم

---

(1) Traité des contrats et des obligations conventionnelles en général، الجزء XXV، الطبعة الثانية، 1871، رقم 139، صفحة 144.

(2) M. CABRILLAC et Ch. MOULY, Droit des sûretés، منشورات Litec، 1990، رقم 571، صفحة 441.

(3) المرجع عينه، رقم 139، صفحة 144 وصفحة 145.

(4) المرجع عينه، رقم 140، صفحة 146: «يستوجب الامتياز بالضرورة أن يكون الدائنون الذين يفضل أحدهم على الآخرين أمام مدين مشترك مدين واحد ووحيد».

بالفعل دائنوه الحقيقيون!»[1].

ويمكن، رغماً عن صعوبة تفسير نص قديم غير خالٍ من اللبس، أن يستخرج من برهنة Demolombe إرشاد مزدوج. فالمؤلف، من جهة أولى يخلط بين البرهانين الاقتصادي والقانوني عندما يفسّر دعوى المؤجّر المباشرة بإشغال الأماكن المؤجّرة مظهراً هنا واقعة أن المستأجر من الباطن يثرى بمضرّة المؤجّر بفعل هذا الإشغال إذا لم يكن بإمكان هذا المؤجّر أن يحصّل منه مباشرة مبلغ بدل إيجاره. وبتعبير آخر تكون زيادة قيمة ذمة المستأجر من الباطن الحالية غير عادلة إذا لم يكن بإمكان المؤجّر الذي هو في أساسها استيفاء المقابل. واللجوء إلى الفضول الذي لم يفصّله المؤلف إلا بالنسبة إلى العامل[2]، من جهة ثانية، يومي، عن طريق شغل هذا العامل، بزيادة قيمة الذمة المالية «لمن تمت الأشغال له»[3]، أي صاحب العمل المستقل. وهذه الزيادة في القيمة، مرة أخرى، لا يمكن أن تبقى وفقاً لأحكام المادة 1375 من القانون المدني بدون مقابل.

وهكذا تتوافق الدعوى المباشرة مع مبدأ عدالة المعاوضة، إذ تستوجب زيادة قيمة ذمة المستأجر المدين الفرعي المالية التي كان الدائن في أساسها أن يستوفي هذا الدائن من المدين الفرعي ما يعادل القيمة الداخلة في ذمته المالية.

إن تحليلاً كهذا مؤكد ومتجاوز بفرضية Lablé المهمة.

766 ـ فرضية Labbé.

يبدأ المؤلف دراسته بالاستناد صراحة إلى أعمال Demolombe[4]. إنه يعارض التفسير القانوني للدعاوى المباشرة التي ظن سلفه أنه من الممكن أن نجده في مفهومي الفضول وإشغال الأماكن المؤجّرة. وذلك هو السبب الذي، في عرفه، تنشىء المواد المستشهد بها امتيازات أصيلة للدين[5].

إن Labbé يبني قبولها على معيار مزدوج، إما أن الامتياز يرتكز على الفكرة في أن ثمة «امتيازاً للدين أعطيناه وجوده على حسابه إرادياً»[6]، مما يشمل بشكل أساسي الأوضاع الممنوحة للعمال ومورّدي المعدات بمرسوم 26 بلوفيوز العام II، وللعمال بالمادة 1798 من القانون المدني وللمؤجر على أساس مادته 1753، وإمّا أن يرتكز الامتياز على الفكرة في أن

---

(1) المرجع عينه رقم 139، صفحة 145 (الأحرف المائلة في النص).

(2) يمكن الشك في قيمة التفسير في ما يتعلق بالوكيل، إذ يتعذر على الفكر أن يفهم ماذا قام به هذا الوكيل في شأن إدارة قضية الفريق المتخلف عن الحضور.

(3) المرجع عينه، رقم 139، صفحة 145.

(4) Des privilèges spéciaux sur les créances، المجلة الناقدة للتشريع والاجتهاد، 1876، رقم 2، صفحة 572 ورقم 3، صفحة 573 وصفحة 574.

(5) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3، صفحة 574 وصفحة 575.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 28، صفحة 675.

«المراجعة الناشئة عن دعوى شخصية تمارسها ويجب أن تفيدنا حصراً»[1]. إن الأمر يتعلق بفرضيات استناداً إلى ضمان نزع اليد وتأمين المخاطر الإيجارية وضد مراجعة الجيران وعن طريق تخصيص الدائنين المرتهنين العقاريين بالتعويض المتوجب عن تأمين عقار احترق.

إن فرضية المؤلف، المحددة على هذا النحو، تسوّغ إنشاء الامتياز الوحيد المبني على إدخال قيمة في ذمة المدين المالية[2]. على أن Labbé، إذا كان ينفي وجود دعوى مباشرة في غياب راط قانوني بين الدائن ومدينه[3]، فهو يأخذ أحياناً في الحسبان وجود رباط كهذا.

فقد كتب، مثابراً على دراسة مرسوم 26 بلوفيوز العام II لمقارنته بالمادة 1798 من القانون المدني، بأن العمال «ساهموا، بتنفيذ الأوامر وتجسيد فكرة الغير، في إنشاء البناء المتوجب ثمنه»[4] لكي يخلص إلى القول إن «الدائنين الذي شاركوا في العمل المستقل لهم دعوى توصف بالمباشرة»[5]. والمؤلف، من جهة ثانية، ينكر على الذين لم يشاركوا فعلياً في بناء العمل المستقل حق حيازة امتياز[6]. وهذا هو بداهةً حال تاجر المعدات ذلك بأن «الرباط الذي يوحد بين هذا الدين بالعمل المستقل أضعف بكثير»[7]. ويقدم Labbé معيارين يمكن أن يكونا معياري دعوى مباشرة محتملة: نقل القيمة التي يقوم بها العامل بزيادة قيمة ذمة صاحب العمل المستقل المالية بزيادة مشاركته الفعلية في بناء العمل المستقل ورباط التلازم الموجود بين العمل المقدم والنتيجة الحاصلة.

ولا يكتفي المؤلف، في ما عنى بسبب التسويغ الثاني للامتياز، بالأخذ بأن العمل الذي نشأ في ذمة الدائن المالية يجب أن يستفيد منه وحده. إنه يكمل ذلك بالأخذ، غير مرة[8]، بان الضرر الحاصل لا يمكن أن يبقى بدون تعويض. وهكذا يرى Labbé، في مادة التأمين ضد مراجعة الجيران، إن القضاة، إذ يتيحوا لهؤلاء الدائنين التغلب على دائني المؤمَّن الآخرين، «يقودون التأمين بذلك إلى غايته الأخيرة الطبيعية إلى أقصى حد»[9]. وعليه يمكن التفكير في أن مقصد الضمان هو الذي يسوّغ وضع التفضيل المعطى لدائني التعويضات.

وهكذا يبين Labbé، على مضض طالما أنه يأخذ بفكرة الامتياز، المعايير التي تسوّغ وجود دعاوى مباشرة تتيح بالفعل تفسير القسم الأكبر من الدعاوى المقبولة اليوم.

---

(1) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 30، صفحة 679.

(2) انظر M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 646 وما يليه.

(3) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 2، صفحة 572 في صدور المادة 1753 من القانون المدني.

(4) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 4، صفحة 576.

(5) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 6 صفحة 576.

(6) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 13 وما يليه، صفحة 583 وما يليها.

(7) المقالة المذكورة سابقاً، رقم 12، صفحة 583.

(8) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 305، صفحة 273 وما يليها، والخلاصات المستشهد بها.

(9) المقالة المذكورة آنفاً، رقم 33، صفحة 681.

767 ـ يتيح تحديد علة وجود الدعوى المباشرة الخروج من البديل الذي حصره فيها الاجتهاد.

تكشف دراسة قبول الدعوى المباشرة ثم انتشارها، على الصعيد التاريخي، الدينامية الثابتة لهذه الإوالية، رغماً عن الأغلال النظرية التي حاولت المذاهب المتعاقبة والمتناقضة حبسها فيها.

وهكذا شاء قانونيو القرن التاسع عشر، في أول الأمر، عدم قبول الدعوى المباشرة إلاّ في وجود رباط قانوني بين حائزها والمدين الفرعي، ثم قام الفقه بالضبط، منذ السنوات الأولى للقرن العشرين، بقلب تحليله بحيث لا يصف بالدعوى المباشرة إلاّ الدعاوى التي، إذ تحوز أساسياً قانونياً صرفاً، كانت مجردة من رباط كهذا. وأخذ بعض المؤلفين، بالقيام بانقلاب جديد في هذه السنوات الأخيرة، منذ ذلك الوقت بأن العديد من الدعاوى المباشرة المدعى أنها قانونية يكشف في الحقيقة وجود مجموعات عقدية متميزة عندما يكون لحائزي دعاوى كهذه «رباط بالعقد الأولي»[1].

وهذه المذاهب المتعاقبة، رغماً عن تناقضاتها، تحبس الدعوى المباشرة في بديل واحد: إمّا أن يكون لحائزها رباط قانوني بالمدين الفرعي ولا تكون الدعوى التي يحوزها بحاجة على الإطلاق إلى نجدة القانون، وإمّا أن يكون هذا الرباط معدوماً ولا يمكن عندئذ أن يكون للدعوى إلاّ أساس قانوني.

وقد بيّنا أن أيّاً من هذين الطرحين لا يحلل الدعوى المباشرة سواء على الصعيد النظري[2] أو من وجهة نظر تاريخية عندما لا يفسر أي منهما علة وجودها، بل يكتفي بتسويغ توافقها مع المبادىء المتحدرة من المادتين 1165 و2092 من القانون المدني.

وحاولنا العودة إلى منشأ وفهمتها وليس إلى منشأ الإوالية (الذي يستحيل تأريخه) كي نحاول، خارج النقاشات التقنية، فهم علة وجودها[3]، وهذه العلة تتجاوب مع فئتين من الأوضاع هما التعبيران عن مبدأ مشترك، هو مبدأ عدالة المعاوضة.

768 ـ ازدياد قيمة الذمة المالية وتلازم الموجبات.

الدعوى المباشرة، حسب فئة أولى أبرزها Demolombe[4]، تعاقب ازدياد قيمة ذمة المدين الفرعي المالية من قبل حائز الدعوى المباشرة (مثال ذلك: تحقيق الأشغال)، في حين أن ثمة رابط تلازم موجود بين موضوع تقديم حائز الدعوى وتقديم المدين الوسيط (مثلاً:

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 21 حزيران 1988، المذكور سابقاً، وكذلك Ph. DELEBECQUE, La notion de groupes de contrats: quels critères، مصنف الاجتهادات الدوري، 1989/ 2، الطبعة .E، صفحة 26.

(2) انظر الرقم 715 السابق وما يليه.

(3) انظر الرقم 719 و 763 السابقين وما يليهما.

(4) انظر الرقم 765,السابق وما يليه.

تحقيق أشغال تساهم في بناء عقار من قبل المدين الوسيط).

وهذا المعيار المزدوج يغطي فرضية العقد من الباطن، باستثناء الحالة التي يكون فيها الرباط الذي يوحد بين هذا العقد والعقد الأصلي واهياً (مثلاً: توريد معدات بلا شكل محدد يمكن استعمالها في مهمات مختلفة).

إنه يظهر، عدا ذلك، وجود مفهوم للعقد مرفوض اعتيادياً من المكان الراجح المعطى للإرادة يصر على مبدأ تبادل متميز بانتقال متبادل للقيمة[1]. وهكذا يملك الدائن الأصلي، وقد زاد بفعله قيمة ذمة المدين الفرعي المالية بدون أن يتلقى أي شيء كمقابل إذا كان مدينه المباشر معسراً، إوالية قانونية تتيح له تحصيل مقابل زيادة القيمة التي كان في أساسها. فالدعوى المباشرة بالتالي، إذ تتيح لمفهوم العقد القيام بوظيفته في التبادل خارج أي تعبير عن الإرادة هي أداة في خدمة عدالة المعاوضة، ذلك بأنها تسهّل إقامة توازن اقتصادي اختل بين ذمتي الدائن والمدين الفرعي الماليتين.

769 ـ التخصيص التعويضي وتلازم الموجبات.

يعبر أحد مظاهر الدعوى المباشرة عن صيغة الأمر بالتعويض الذي لا يسمح بتأمينها العمل بالمادة 1166 من القانون المدني وحده.

والمثال الأفضل على ذلك تشكله الدعوى المباشرة للإيفاء التي تمارسها الضحية ضد مؤمِّن المسؤول[2]. وبالفعل إذا كانت الوظيفة العقدية لتأمين المسؤولية تقضي بتغطية مخاطر المسار المؤمَّن فإن وظيفتها الاجتماعية تتجاوب مع هاجس التعويض على الضحايا الذي يوسعه انتشار التأمين الإلزامي[3]. فالدعوى المباشرة تعبر عن هذه الوظيفة على صعيد تقني بأن «يصل التأمين إلى غايته النهائية الطبيعية»[4]. إنها تشكل، وقد تجاوزت حكم الإنصاف الذي كان في أساسها»، اتقاناً تقنياً للتحليل العقدي»[5] في مادة التأمين مما يفسر انتشارها.

والمثال الثاني له سمة الدعوى المباشرة للضمان التي يمارسها مكتسب الملكية الثاني ضد بائع سابق، ومكتسب الملكية أو مكتسب عقار أو مكتسب ملكيته الثاني ضد من بنوه أو أخيراً صاحب العمل المستقل ضد الصانع. وإذا كان مبدأ التابع، من وجهة نظر تقنية، يتيح

---

(1) انظر الرقم 782 اللاحق.

(2) انظر تكوين العقد، رقم 231 وما يليه.

(3) الشخصية: مفاعيلها، رقم 367، صفحة 465.

(4) J. E. LABBÉ، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 33، صفحة 681. وكذلك Ch. LARROUMET, Les opérations juridiques à trois presonnes en droit privé، أطروحة في بوردو، مطبوعة على الآلة الكاتبة، 1968، رقم 185، صفحة 417 وصفحة 418؛ Réflexions sur la responsabilité، . جامعة Mc Gill، 1983، صفحة 27 وصفحة 28 ـ M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 453، صفحة 275.

(5) Ph. JESTAZ، الفهرس المدني (1972)V، الإنصاف، رقم 26.

اليوم القبول، فإن هذا القبول مبني على واقع أن «الضمان قائم لصالح الشاري وحسب»[1].

وقد رأينا أن محكمة النقض منحت مكتسب الملكية الثاني الإفادة من الدعوى المباشرة بسبب السيئات التي تولدها الدعوى غير المباشرة (oblique)[2]. والحال أن السيئتين المستخرجتين من ممارسة دعوى غير مباشرة (اقتسام ثمار دعواه مع دائني المدين الوسيط الآخرين واستحالة ممارسة ضمان هذا المدين الوسيط إذا لم يكن متوجباً لمكتسب الملكية الثاني)، ما أن يكون بإمكان مكتسب الملكية الثاني أيضاً المقاضاة للمسؤولية العقدية، حتى تتلاشيان[3]. وذلك علة وجود الدعوى المباشرة حتى التي يعاد النظر فيها إذن. وبهذا الوضع يمكن احتمالياً أن يحث على رد إوالية كهذه في مادة المبيعات المتعاقبة[4].

وليست الدعوى المباشرة مقبولة هنا أيضاً إلاّ لأنه يوجد رباط تلازم بين دين حائز الدعوى المباشرة ضد مدينه والدين الذي يملكه هذا المدين ضد المدين الفرعي. وهكذا ليس دين المؤمَّن ضد المؤمِّن موجوداً إلاّ بسبب دين المؤمَّن تجاه الضحية وموضوعه الضمان. كما أن دين البائع الأصلي تجاه البائع الوسيط ليس موجوداً إلاّ بسبب دين هذا البائع الوسيط هو مكتسب الملكية الثاني عقب بيع مال مشوب بالعيب أو بعدم المطابقة.

ويقتضي بالتالي إضافة رباط التلازم هذا إلى التخصيص التعويضي.

وقد استندت الغرفة المدنية الأولى ضمناً، في 4 تشرين الأول 1988[5]، إلى التلازم لمنح دعوى مباشرة للإيفاء. ففي القضية المعنية، كان مكتسب ملكية شقة مصابة بخلل يمنع الإقامة فيها قد قاضى بائعه لفسخ عقد البيع فدعا هذا البائع المهندس المعماري للمقاول للضمان. فأعلنت محكمة الاستئناف وقد تلقت مجموعة طلبات مكتسب الملكية، إن المهندس والمقاول مسؤولان بالتضامن عن العيوب وإدانتهما بالضمان حتى 50% من إدانة البائع باستثناء رد ثمن البيع. وبما أن هذا الحكم أصبحت نهائياً، قام مكتسب الملكية القديم، بعد أن أصدر أمراً بالدفع للمقاول، بمقاضاته للإيفاء. وقد قبل قضاء الأساس طلبه، وركز المقاول طعنه حول انتهاك القواعد الخاصة بالدعوى غير المباشرة. فاستبدلت محكمة النقض بأسباب تسويغه تعليل محكمة الاستئناف وحكمت بأن «المبالغ متوجبة على شركة R . . . [المقاول] التي أدينت بضمان M.P. . . . [البائع] استناداً إلى حكم نهائي بسبب دين البائع تجاه M.G.B [الشاري] الذي يملك حقاً مباشراً على هذه المبالغ».

---

(1) F. LAURENT, Principes de droit civil français، الجزء XXIV، رقم 229، صفحة 229 وصفحة 230 ـ Al. AREF, De la théorie générale de la garantie pour vices cachés، أطروحة في باريس، 1936، صفحة 65.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1937، المذكور سابقاً.

(4) انظر حول القانون الوضعي الرقم 793 اللاحق وما يليه.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 4 تشرين الأول 1988، النشرة المدنية، I، رقم 263، صفحة 181 وكذلك النقض المدني، 1988، صفحة 227 وما يليه، رقم 5.

770 ـ تتيح الدعوى المباشرة لعدالة المعاوضة التغلب على مبدأ نسبية الاتفاقيات.

رأينا أن معظم الدعاوى المباشرة كان مبنياً ـ عن خطأ أو صواب ـ على شعور النيل من الإحساس العام بالإنصاف.

وهذا الإنصاف يسمح بالفعل بتلطيف «صلابة القوانين» باعتبارها «استثناء لقادتها»[1]. وهكذا يمكن أن لا تكون الدعوى المباشرة، عندما تشكل أحد التعابير التقنية العديدة، سوى استثناء للمبادىء العامة المؤكدة في المادتين 1165 و2092 من القانون المدني[2].

بيد أن الإنصاف، سواء أكان مدمراً للقانون أو بديلاً عنه[3]، نادراً ما يتيح تجاوز مجال الحالات الخاصة. فالدعوى المباشرة، بانتشارها الثابت والمكان المتنامي الذي تحتله في القانون الوضعي، أصبحت قاعدة قانونية أصيلة بحيث نادراً ما أصبح من الممكن بناؤها على الإنصاف.

فالدعوى المباشرة في الحقيقة تشكل التعبير التقني عن مبدأ عدالة المعاوضة.

وقد ظهر هذا المبدأ بداهة في ما يتعلق بالمعيار الأول الذي بيّناه: من ينقل قيمة إلى ذمة الغير المالية يجب أن يجد ما يعادلها. وهو يفرض نفسه على الثاني. ولا شك في أن التخصيص التعويضي يمكن ما يظهر كمبدأ منفعة اجتماعية (في التأمين مثلاً ودعواه المباشرة تدفع المنطق التعويضي إلى حده الأقصى)؛ ولكن ألا يعبر قبل كل شيء عن الإرادة القانونية في إقامة توازن اختل بحصول الضرر؟[4].

وهكذا تشكل الدعوى المباشرة، وقد تجاوزت الأساس الذي كان يمكن أن يكون أساسها، قاعدة قانونية أصلية هدفها، إذ تُعمل مبدأ عدالة المعاوضة، تصحيح صلابة مبادىء نسبية العقود والمساواة بين الدائنين بإظهار وجود صيغة آمرة أخرى تناقض العمل به.

وهي تبدو، على صعيد نظري، التعبير عن حركة جدلية تنعش الفكر القانوني. إن القانونيين، كما برهن على ذلك Edmond Bertrand، لا يخلقون بالضرورة استثناءات للمبادىء التي يؤكدونها، وإنما مبانٍ أخرى تأتي، ولها مجالاتها وتسويغاتها الخاصة، لتكملها وليس لمناقضتها[5]. ويبدو أن ذلك حال الدعوى المباشرة التي، وهي بعيدة عن أن

---

(1) L'équité ،Sirey - Dalloz 1978, E. AGOSTINI، صفحة 8 من العرض، رقم 3.

(2) من المناسب بيان أن هذا الإدراك للدعوى المباشرة يحوي جرثوم مفهوم حصري للإوالية (انظر A. DURANTON، المرجع عينه، الجزء II، صفحة 34) الذي يسهل نقل «النظرية التفسيرية» للدعوى المباشرة إلى «النظرية القانونية» (انظر الرقم 722 السابق وما يليه).

(3) هذه الأوصاف مقتبسة من Ph. JESTAZ، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 3 ورقم 4.

(4) توازن اختل بين المؤمّن والمسؤول تتيح الدعوى المباشرة ضد المؤمّن إقامته بصورة أفضل؛ توازن اختل بين مكتسب الملكية الثاني والبائع تتيح الدعوى المباشرة وحدها ضد البائع السابق تصحيحه. راجع المدخل العام، رقم 192، صفحة 152.

(5) Le rôle de la dialectique en droit privé positif، Dalloz 1951، صفحة 151 وما يليها من العرض.

تكون استثناء لمبدأ نسبية الاتفاقيات، تأتي لتأكيد مداه بتصحيح إفراطه.

إن هدف الدعوى المباشرة في، النهاية، أن تصحح، في بعض الأوضاع، صلابة المبادىء العامة التي تعبر عنها المادتان 1165 و2092 من القانون المدني. وهي لا تشكل فيها استثناء ينبغي تفسيره بشكل حصري وإنما تكملة ضرورية يمكن أن تكون مقبولة عندما نجد أنفسنا في إحدى حالتي صورتين سبق أن وصفناهما: ازدياد قيمة ذمة مكتسب الملكية الثاني المالية، من جهة أولى، والتخصيص التعويضي للدين من جهة ثانية[1].

هكذا على الأقل فهم باعثو الدعوى المباشرة[2]. فالتخلي عن التفكير في علة وجود الإوالية مع مجيء «النظرية القانونية»[3] أتاح استعمال التقنية التي أعملها وحدها بدون الاهتمام بأساسها[4] إلى درجة الخلط بين الدعوى المباشرة والتأمين[5] في حين أنها تشكل المبدأ الخاص بقانون العقود.

من المسموح به بالتالي الاستخلاص أن ثمة، إلى جانب الإواليات التصحيحية للنظام القانوني ذي المدى العام، كالتعسف في استعمال الحق أو الخداع أو الظاهر[6]، إواليات تصحيحية خاصة تصحح، بصورة مماثلة، صلابة التقنية القانونية كي لا تنقلب «ضد الأهداف التي تطمح إلى استخدامها»[7]. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي، بدون إعادة النظر في مبدأ نسبية الاتفاقيات، تخضعه في بعض الفرضيات، المبدأ عدالة المعاوضة.

وهذا المبدأ يبدو أنه يعاد النظر فيه بدرجة أقل من العقبة التقنية التي تشكلها المادة 1165 من القانون المدني والتي يمكن تذليلها بسهولة. وهناك، في حالتي الصورتين المعروضتين[8]، بالفعل علاقة تلازم بين الموجب الذي يوحد المدين الفرعي بالمدين الوسيط، من جهة أولى، والموجب الذي يربط المدين الوسيط بحائز الدعوى من جهة ثانية. وهذا الرباط القانوني هو الذي، في صورة مبدأ التابع في مادة نقل ملكية الشيء، يتيح الأخذ بأن المدين الفرعي وحائز الدعوى ليسا أجنبيين أحدهما عن الآخر.

771 ـ بعد تقديم الدعاوى المباشرة كإوايات تصحيحية لمبدأ نسبية الاتفاقيات من

---

(1) انظر الرقمين 768 و769 السابقين.

(2) انظر الرقم 765 و766 السابقين.

(3) انظر الرقم 725 السابق وما يليه.

(4) ذلك، على سبيل المثال، حال إجراء الإيفاء المباشر للنفقة. انظر الرقم 774 اللاحق.

(5) M. CABRILLAC et Ch. MOULY، المرجع عينه، الطبعة الثانية، رقم 568 وما يليه، صفحة 439 وما يليها ـ Ph. SIMLER de Ph. DELEBECQUE, Les sûretés - la publicité foncière، موسوعة Dalloz، 1989، رقم 11، صفحة 14.

(6) انظر المدخل العام، رقم 692، صفحة 673.

(7) المرجع عينه.

(8) انظر الرقمين، 768 و769 السابقين.

الممكن مقارنة بعضها بمبدأ «مجموعة العقود»[1]. وهذه المجموعة، ولو كانت موضع انتقاد على الصعيد القانوني[2]، تبدو أنها تعبر عن مفهوم أقوم لمبدأ العقد الذي يحث على فكرة التبادل وليس على إرادة الفرقاء أكثر مما يعبر عن «واقعية» اقتصادية مفترضة هي خاصية الحقبة الحالية[3]. ويبدو أن هذا المفهوم هو الذي أخذه مؤلفو القرن التاسع عشر في الحسبان عندما استعادوا بشكل غامض فكرة نقل قيمة من ذمة مالية إلى أخرى لكي يستنتجوا وجود دعاوى مباشرة بين أشخاص لم يكونوا متعاقدين. ألا يشكل التبادل بالفعل نقلاً أحادي الجانب للقيمة؟

هذا المفهوم الاقتصادي لنقل القيمة، والعقد ذاته المميزة[4]، ربما ليس التعبير القانوني الأكثر مناسبة له في مبدأ مجموعة العقود المتملص ورغماً عن رفضه من قبل الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها[5]، فإن الاجتهاد يأخذه في الحسبان ولو بصورة غير مباشرة. ويبدو ذلك منطقياً عندما أخذت محكمة النقض بأن «فسخ عقد البيع يؤدي بالضرورة إلى فسخ عقد البيع في صورة إيجار»[6]، وأن إبطال عقد بناء منزل فردي يجب أن يؤدي إلى التلاشي الرجعي للموجبات العقدية الناتجة عن عقود القرض[7]، أو كذلك ان الفسخ القضائي لعقد البيع يجر إلى إلغاء عقد القرض بقوة القانون في مادة الائتمان العقاري[8].

وإذا كان مبدأ نقل القيمة يشكل نقطة الالتقاء بين «المجموعات العقدية» والدعاوى المباشرة، فإن هذه الدعاوى المباشرة، بالمقابل ينبغي أن تستبعد من «السلاسل العقدية»، على الأقل إذا لم تكن تحوي نقلاً كهذا.

وهكذا لم تقبل الدعاوى المباشرة للمسؤولية «العقدية بالضرورة» في المبيعات المتعاقبة إلاّ لإعطاء مكتسب الملكية الثاني تعويضاً كان محروماً منه[9]. وهي لا تعبر هنا عن تنقية

---

(1) انظر في هذا الاتجاه Ch. JAMIN, Brèves réflexions sur un mécanisme correcteur: l'action directe en droit français, in Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaison franco-belges، بـــــــإدارة FONTAINE et J. GHESTIN، منشورات L.G.D.J، 1992، صفحة 263 وما يليها، ولا سيما رقم 44، صفحة 292 وصفحة 293.

(2) انظر إلرقم 795 السابق وما يليه.

(3) J-M.POUGHON, Histoire doctrinale de l'échange، منشورات L.G.D.J، 1987، مقدمة J - P. BAUD، Une constante doctrinale: l'approche économique du contrat، القوانين (12)، العقد، منشورات PUF، 1990، صفحة 47 وما يليها.

(4) انظر تكوين العقد، رقم 231، وما يليه.

(5) انظر الرقم 733 السابق.

(6) حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 23 تشرين الثاني 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة G، II، 21642، تعليق D.LEGEAIS، Dalloz 1991، صفحة 121، تعليق Ch. LARROUMET.

(7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 12 آذار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 79، صفحة 47.

(8) حكم الغرفة-المدنية الأولى في محكمة النقض، أول كانون الأول 1993، النشرة المدنية، I، رقم 355، صفحة 248 ـ Defrénois 1994، صفحة 823، ملاحظة D.MAZEAUD.

(9) انظر الرقم 721 السابق.

للتحليل العقدي. وكان يقتضي، لأن لها على العكس وظيفة يمكن وصفها «بالظرفية»، إلغاؤها عندما يتم قبول نظام أكثر نفعاً، أي دعوى المسؤولية التقصيرية[1]، على غرار تطور الاشتراط لصالح الغير لمصلحة ذوي قربى المسافر المنقول[2]. وصاحب العمل المستقل، بالمقابل الذي قدم قيمة في ذمة المقاول من الباطن المالية، بإتاحة مكافأته لأنه أثرى ذمته المالية الخاصة[3]، يجب أن يتمكن من حيازة دعوى كهذه.

2) نمط إيفاء مختصر

772 - التطبيقات المتبقية للدعوى المباشرة.

لا تستنفد الحالتان الأوليان اللذان فهمهما مؤلفو القرن التاسع عشر لتسويغ قبول الدعوى المباشرة والمستنتجتان من مبدأ عدالة المعاوضة مجموعة مظاهرها. بعضها يكافىء شكلاً معيناً من الغيرية في حين أن الانتظام العام للإدارة يفرض غيرها. بيد أن الأمر لا يتعلق إلاّ بتطبيقات متبقية أو خاصة لا تفسر إلاّ ببقية تاريخية، أو بملاءمة تقنية للإوالية، بدون استنتاجها من أساسها المنطقي. وهي، إذ تنتمي إلى أنماط إيفاء مختصر، تتماثل بتأمينات حقيقية أكثر مما تتماثل بإواليات تصحيحية.

773 - الغيرية.

إذا كانت الغيرية تميز «مجموعة اتجاهات خيّرة»[4]، فإن الدعوى المباشرة المعطاة للوكيل المختص بالدعاوى الذي، إذ قدم أموالاً للمحتاج لكي يستفيد من حقوقه أمام العدالة، يجب أن يتمكن من تحصيلها من الفريق المتخلف عن الحضور، تكافىء الخيرية[5].

ويمكن أن يكون الأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعوى المباشرة التي تمنحها المادة

---

(1) انظر حكم غرفة العرائض، 8 آذار 1937، Dalloz الدوري 1938، 1، صفحة 76، تعليق R. SAVATIER ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1962، الطبعة G، II، 12910، تعليق P. ESMEIN؛ Dalloz 1963، صفحة 1، تعليق G. LIET - VEAUX؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1963، صفحة 332، ملاحظة A. TUNC ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1998، النشرة المدنية، رقم 177، صفحة 150.

(2) انظر الرقم 654 السابق.

(3) انظر حول نقل القيمة A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المختلطة، 18 حزيران 1982، Dalloz الدوري 1983، صفحة 221: «الحظوة التي أعطاها القانون المقاول من الباطن ترتكز على فكرة إعطائه قيمة في ذمة صاحب العمل المستقل المالية».

(4) LITTEÉV، V، الغيرية.

(5) انظر الرقم 719 السابق. نجد في دعوى الوكيل المختص بالدعاوى حصة الصداقة الموروثة عن التمثيل الروماني والتي جعلت Beaumanoir يقول: «ليس الوكلاء المختصون بالدعاوى ملزمين بالتوكل عن أشغال سيدهم على نفقتهم» (Coutumes de Beauvaisis، رقم 158، استشهد به J-L. GAZZANIGA, Mandat et représentation dans l'ancien droit (7) la représentation، صفحة 27، التعليق 19).

5 من قانون 21 كانون الأول 1941 المستشفيات ضد مجموعة مديني المرضى المعالجين فيها عندما يكون موضوع المستشفى في الأصل لعناية المجانية بالمحتاجين[1].

والإنصاف الذي يقضي بأن يحصّل الدائن مبلغ تسليفه لم يكن ليسمح إلاّ بمنح امتياز على أن التقليد القديم الذي ترتبط به دعوى استبعاد المصاريف على الأقل، ربما يفسر غياب قسوة المجاس النيابية[2] المهتمة بأن تميز فوق الحد (لم تكن المساعدة القضائية موجودة) الوكلاء العطوفين بصورة خاصة لكي يتمكنوا من مقاضاة الفرقاء المتخلفين عن الحضور بأقصى السرعة.

ولا تسوّغ الغيرية التي تكافئها دعوى استبعاد المصاريف على الأكثر سوى منح امتياز مبني على وضع قمة في ذمة المدين المالية، وهكذا ليست الدعوى المباشرة التي تنظمها اليوم المادة 699 من مدوّنة الإجراء المدين الجديدة لصالح المحامين والوكلاء سوى بقية تقليد قديم[3] لا يكفي العقد لمعارضتها.

774 ـ الانتظام العام للإدارة.

إخطار الغير الحائز، رغماً عن أن منشأه مبادرة مستقلة، يشكل استثناء عندما يكون الدعوى المباشرة الوحيدة المقبولة في القرن التاسع عشر التي ترتكز بشكل أساسي على اعتبارات من الانتظام العام للإدارة وليس على التحقق من الطابع غير المنصف للعمل بمبدأ المساواة بين الدائنين[4].

وتفسير شروط ممارسة الدعوى المباشرة المقتبسة من تقنيتها أكثر مما هي مقتبسة عن روحيتها يجب بالتالي أن يكون حصرياً لمقارنتها بنمط الإيفاء المختصر[5].

وكان قبولها في القرن التاسع يرتكز بالتأكيد على واقع أن إعطاءها للخزينة على هذا النحو كنتيجة الامتياز المطلق المعترف به للخزينة، لا يلحق الغبن بأي مصلحة[6]. وليست الحال اليوم كذلك بسبب عدد الامتيازات التي تتغلب على الخزينة. يجب بالتالي قبول أن إوالية كهذه يجب أن لا تكون معطاة من تمهيدات التحصيل الجبري.

---

(1) على أنه يبدو أن الدعوى التي تمارس ضد المدينين بالنفقة يمكن أن تفسر بمبدأ الإثراء بلا سبب؛ انظر JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 56 وما يليه.

(2) نجد في هذا الاتجاه أحكاماً للغرف الكبرى للمجالس النيابية في Rennes وباريس تعود إلى عامي 1724 و1738. انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 44، صفحة 30 والإسنادات المستشهد بها.

(3) Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 44، صفحة 30 والإسنادات المستشهد بها.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) انظر P. ROBINO. Des privilèges et autres causes de préférence sur les créances، أطروحة في بوردو، 1949، صفحة 190 وصفحة 191، الذي يرفض، بسبب الطابع السريع لإخطار الغير الحائز، المماثلة بالدعاوى المباشرة. قارن بـ: M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 188، صفحة 119 وما يليها.

(6) انظر DURIEU, Poursuites en matière de contributions directes، الجزء I، 1838، صفحة 299.

وقد أتاح التخلي التدريجي في القرن التاسع عشر من دراسة أساس الدعوى المباشرة مع ظهور «النظرية القانونية»[1]، بالطريقة عينها، للمشترع الذي عززه الفقه أن يستعمل تقنيته الوحيدة بتقليص الدعوى المباشرة بحيث لا تصبح سوى نمط إيفاء مختصر. وهذه، مثلاً، حال إجراء الإيفاء المباشر المنشأ لصالح دائني النفقة بقانون 2 كانون الثاني 1973 من أجل تحسين دفع النفقة[2].

(1) انظر الرقم 725 السابق وما يليه.

(2) انظر M-J. GEBLER, Le paiement direct des pensions alimentaires، D.H.1973، صفحة 107 من العرض وما يليها - J. MASSIP et F. BARRAIRON, La loi du 2 Janvier 1973 relative au paiement direct des pensions alimentaires, Defrénois 1973، البند 30323، صفحة 545 وما يليها.

القسم 2

مظاهر الدعوى المباشرة في القانون الوضعي

775 ـ مختلف تصنيفات الدعاوى المباشرة.

كانت الدعاوى المباشرة، ولا سيما للإيفاء، موضوع تصنيفات مختلفة. وهكذا جرى التفريق بين الدعاوى المباشرة التامة التي تقوم بتجميد الدين منذ منشئه والدعاوى المباشرة غير التامة التي لا تجمده إلاّ في آونة ممارستها من قبل حائزها[1]. كما جرى التفريق داخل هذه الدعاوى الأخيرة بين الدعاوى المباشرة العامة التي تتيح لحائزها مقاضاة جميع مدينى مدينهم والدعاوى المباشرة الخاصة التي لا تسمح له بالمقاضاة إلاّ ضد مدين فرعي معين[2].

بيد أن هذا التصنيف المزدوج الذي يرتبط، بدون أن يكون غير صحيح، في أول الأمر بنظام الدعوى المباشرة، قامَ به المتمسكون بنظرية الإوالية «الشرعويّة». ولم تعد، وهي الوصفية بالموازاة، ملائمة منذ ذلك الوقت حيث أصبح الأمر متعلقاً بالأخذ في صددها بمفهوم مجدد يتوافق مع وظيفتها كإوالية تصحيحية للمادة 1165 من القانون المدني[3].

يجب بالأحرى الإصرار على التفريق الذي من المناسب إجراؤه بين الدعاوى المباشرة من القانون العام والدعاوى المباشرة على سبيل الاستثناء. فالأولى ينبغي قبولها كلما دعت الحاجة إلى تصحيح قساوة المادة 1165 من القانون المدني ذلك بأن الموجبات التي تربط حائز الدعوى بالمدين الوسيط، من جهة أولى، وهذا المدين الوسيط والمدين الفرعي، من جهة أخرى، تجمعهما علاقة تلازم. وهي، بهذا المعنى، تستدعي تليين المفهوم التقليدي للعقد الذي يسهّل قبولها ما أن توجد حالة كهذه.

---

(1) انظر A. PLANCQUEEL, Contribution à l'étude des actions directes، أطروحة في ليل، 1935، صفحة 96 وما يليها. وكذلك M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 119 وما يليه.

(2) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 122 وما يليه.

(3) انظر الرقم 763 السابق وما يليه.

والثانية، بالمقابل، لا تستوجب التلبين عينه[1]. إنها، وهي المقبولة في الأصل لأسباب تتعلق بالإنصاف، لا تسوّغ سوى وجود امتياز، ولو كان من الصف الأول (مثال ذلك: دعوى استبعاد النفقات التي يدفعها المحامي أو الوكيل عن الفريق الرابح). فالتقليد وحده يسوّغها ولا يمكن أن ينادي بتعميمها. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة الأحدث التي لا تدين بقبولها إلاّ لمفهوم الإوالية الشرعوية حصراً (على سبيل المثال: إجراء الإيفاء المباشر المنشأ لصالح دائني النفقة). وكلاهما وهما مقتبستان عن تقنية الدعاوى المباشرة أكثر من روحيتها ليتعذر امتدادهما. ويجب أن تشكل كلاهما أنماط إيفاء مختصر، أن لا تكونا، على العكس، مقبولتين إلا بصفة استثنائية.

الفقرة 1 ـ الدعاوى المباشرة من القانون العام

776 ـ ينبغي، من بين الدعاوى المباشرة من القانون العام، تفريق الدعاوى المباشرة للإيفاء عن الدعاوى المباشرة للمسؤولية عندما لا يكون موضوع هذه الأخيرة إيفاء مبلغ من العملة.

I ـ الدعاوى المباشرة للإيفاء

777 ـ تنشأ بعض الدعاوى المباشرة للدفع عن تفسير فقهي واجتهادي للأحكام القانونية، في حين أن غيرها، ولا سيما لأنها ظهرت لاحقاً، من خلق قانوني رسمياً.

1 ـ تفسير القانون

778 ـ يتعلق الأمر بالدعاوى المباشرة المتحدرة من المواد 1753 و1798 و1994 من القانون المدني كما من بعض الأحكام القانونية في مادة تأمين المسؤولية.

779 ـ دعوى المؤجر المباشرة ضد المستأجر من الباطن.

دعوى المؤجر المباشرة، المقبولة على أساس المادة 1753 من القانون المدني، تتيح له مطالبة المستأجر من الباطن بتسديد الإيجار من الباطن في الحدود التي تتوجب على المستأجر من الباطن للمستأجر الأصلي في آونة ممارسة الدعوى. والمدفوعات السابقة التي قام بها المستأجر من الباطن لشريكه في التعاقد، مع مراعاة تطبيق الفقرة الثانية من النص، لا يحتج بها تجاه المؤجر. وقد مدت محكمة النقض، إذ عرّضت الدعوى المباشرة غير التامة والخاصة، مجال المادة 1753 إلى إيجارات الأرض الزراعية[2].

---

(1) انظر الرقم 772 السابق وما يليه.

(2) حكم غرفة العرائض، 8 تشرين الثاني، 1882، Dalloz83، 1، صفحة 305، 584، 1، صفحة 333.

غير أن الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة 1753 مبنية على نقل متبادل للقيمة[1] عندما يوسع وجود المستأجر من الباطن مطرح دين المؤجر، إذا كان هذا المؤجر قد سمح للمستأجر من الباطن بأشغال الأماكن المؤجرة. وإذا كان بعض المؤلفين قد أخذ بأن المستأجر من الباطن بإمكانه مقاضاة المؤجر لتنفيذ جميع الموجبات الإيجارية[2]، فإن محكمة النقض لم تأخذ بذلك[3]. ويبدو لنا مع ذلك أن الدعوى المباشرة للمسؤولية العقدية هي مسوّغة على الأقل[4].

إلاّ أن الوضع مختلف في شأن الإيجار التجاري. وهكذا تتيح موافقة المؤجر الصريحة أو الضمنية، وليس الإذن العام بالتأجير من الباطن[5]، للمستأجر من الباطن أن يطلب إلى المالك مباشرة، ضمن الشروط المحددة في المادة 22 من مرسوم 30 أيلول 1953، تجديد عقده[6].

780 ـ دعوى العامل المباشرة ضد صاحب العمل المستقل.

دعوى «البنائين والنجارين والعمال الآخرين» المباشرة المتحدرة من المادة 1798 من القانون المدني تتيح لهم مطالبة صاحب العمل المستقل بتسديد الأشغال التي قاموا بها، ضمن الحدود التي ما يزال صاحب العمل المستقل مديناً بها للمقاول الأصلي في آونة إقامة دعواهم.

ومع أن محكمة النقض قبلت هنا وجود دعوى مباشرة غير تامة وخاصة على أساس الشخص الذي لم يتطرق إلى ذلك[7]، رفضت امتداد الإفادة منها إلى مورّد المواد والسلع[8] وكذلك إلى المقاول من الباطن[9].

إن تعليل الاجتهاد برفض امتداد الإفادة من المادة 1798 إلى المقاولين من الباطن

---

(1) انظر الرقمين، 766 و768 السابقين.

(2) انظر Ch. AUBRY et Ch. RAU، المرجع عينه، الجزء IV، الطبعة الرابعة، الفقرة 368، صفحة 493. ـ J- P. LE GALL, L'obligation de garantie dans le louage de choses، منشورات L.G.D.J، 1962، مقدمة A.TUNC، صفحة 414.

(3) حكم غرفة العرائض، 8 تشرين الثاني 1882، المذكورة سابقاً.

(4) قارن بحكم غرفة العرائض، 31 تموز 1878، Sirey 81، 1، صفحة 77 (مسؤولية المؤجر التقصيرية تجاه المستأجر من الباطن عندما يكون فعله الشخصي منشأ الضرر).

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 23، صفحة 13.

(6) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 118 وما يليه.

(7) انظر الرقم 718 السابق.

(8) حكم غرفة العرائض، 28 كانون الثاني 1880، D.P.80، 1، صفحة 254؛ S.80، 1، صفحة 416.

(9) النقض المدني، 12 شباط 1866، D.P.66، 1، صفحة 57؛ 1، صفحة 94 ـ 11 تشرين الثاني 1867، D.P.67، صفحة 444 ـ حكم غرفة العرائض، 14 تموز 1868، D.P.71، 5، صفحة 251. وكذلك حكم المحكمة البدائية في نانسي، 28 أيار 1974، Dalloz 1974، صفحة 138 من الموجز.

يستحق إيراده. فقد أخذت محكمة النقض في عام 1866 بأن «النص الاستثنائي للمادة 1798 لا يمكن أن يفيد الذين، بقصد المضاربة ومن أجل إجراء عملية تجارية، يصبحون مقاولين»[1]. إن هذا التفسير للنص يراعي بالتأكيد حرفيته. غير أنه لا يمكن إلاّ بيان أنه إذا كان سبب التسويغ المستخرج من المضاربة، من جهة أولى، (بالنسبة إلى السلع واليد العاملة) يمكن أن يسوّغ في القرن التاسع عشر في ما يتعلق بتشييد المباني الفنية فهو لم يعد متوافقاً مع حالة الاقتصاد المعاصر، والبرهان المستخرج من الطبيعة القانونية للمادة 1798[2] ليس له، من جهة ثانية، أي مدى عندما لا تستهدف هذه المادة إنشاء امتياز بصورة خاصة. ولذلك يمكن إبداء الأسف لأن الاجتهاد لم يثبت جرأة أكثر. فهذه الجرأة، المنسقة احتمالياً مع القبول القانوني لتجميد الدين منذ منشئه، ربما كانت قد تجنت إنشاء قانون 31 كانون الأول 1975 دعوى مباشرة يولد العمل بها صعوبات عديدة[3].

781 ـ الدعوى المباشرة للموكل والوكيل المستبدل.

تحية لدعوى الموكل المباشرة في القانون الروماني، إذ حملت على الاعتقاد أنها تشكل مفعول التمثيل[4]، فالمادة 1994، الفقرة 2، من القانون المدني تنص على أن «الموكل بإمكانه، في الحالات جميعاً، أن يقاضي مباشرة الشخص الذي استبدله الوكيل».

والدعوى المباشرة التي كرست نقلاً متبادلاً للقيمة جعلها الاجتهاد ثنائية الجانب منطقياً إذ لم يشأ الاكتفاء بقراءة حرفية للنص[5].

يضاف إلى ذلك أن محكمة النقض، مع أن النص لا يستهدف على الإطلاق تجميد، دين الوكيل المستبدل في ذمة الموكل المالية منذ نشأة الدين، قبلت، غير مرة، «أن الموكل لا

---

(1) النقض المدني، 12 شباط 1866، المذكور سابقاً.

(2) النقض المدني 11 تشرين الثاني 1867 المذكور سابقاً، الذي أخذ بأن المادة 1798 «أنشأت امتيازاً لصالح هذا العامل».

(3) انظر الرقم 787 اللاحق.

(4) انظر الرقمين 718 و741 السابقين. إذا كان مفهوم التمثيل لا يفسر الإرالية التي أنشأتها المادة 1994، الفقرة 2، فلا يمكن قبول أن يكون الموكل والوكيل المستبدل مرتطين برباط عقدي، رغماً عن تأكيد حكم قديم (حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1956، النشرة المدنية، III، رقم 47، صفحة 38). وينبغي بالأحرى الأخذ بأن الدعوى المباشرة، على غرار الدعاوى المباشرة الأخرى المتحدرة من القانون المدني، المنصوص عليها في المادة 1994 كانت مقبولة بحجة الإنصاف؛ انظر Ch. DEMOLOMBE، المرجع عينه، رقم 134، صفحة 141.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 573، صفحة 466؛ Dalloz 1961، 491، تعليق J. BIGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، صفحة 700، ملاحظة G. CORNU ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 8 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 301، صفحة 262 ـ 8 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 153، صفحة 130 ـ 9 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 233، صفحة 174 ـ 9 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71 ـ 5 تشرين الأول 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 320، صفحة 231.

يسوّغ له أن يحتج في وجه الوكيل المدفوعات التي قام بها للوكيل، حتى ولو كانت هذه المدفوعات سابقة كممارسة الوكيل الحقوق الخاصة التي يملكها استناداً إلى الفقرة الثانية»[1]. ينبغي إذاً مماثلة الدعوى المباشرة الواردة في المادة 1994 بدعوى مباشرة تامة.

وهذه الدعوى، أخيراً، الأكثر فعالية بحيث أن محكمة النقض لا تخضع قبوليتها لضرورة تخلف الوكيل عن الحضور[2] ولا لواقع أن استبدال الوكيل كان قد أذن به الموكل[3].

782 ـ الدعوى المباشرة للضحية ضد مؤمِّن المسؤولية.

تبني محكمة النقض اليوم، بعد أن استنتجت الدعوى المباشرة للضحية ضد مؤمِّن المسؤول من نصوص غامضة[4] تتيح، بصورة خاصة جعل نتيجتها تجميد دينه في التعويض بين يدي المؤمن، هذه الدعوى على أساس الحق في التعويض الذي تمنحه للضحية، بشكل وحيد وصريح.

وواقع أن «الدعوى المباشرة للضحية (. . .) أساسها في حق هذه الضحية في التعويض عن ضررها»[5] يؤثر بالضرورة في نظامها. ومن المناسب، بدون أن يكون من الواجب اللجوء إلى دراسة شاملة[6]، بيان أن هذا النظام موسوم بإرادة محكمة النقض بتفضيل هذا الحق في التعويض أكثر مما هو موسوم بالاستقلالية المتنامية والمنهجية للدعوى المباشرة بالنسبة إلى عقد التأمين[7].

---

(1) انظر أحكام الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1993، و19 آذار 1991 و9 تشرين الثاني 1987، المذكور سابقاً.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى محكمة النقض، 27 كانون الأول 1960، المذكور سابقاً.

(3) حكما الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1991 و9 تشرين الثاني 1987، المذكوران سابقاً.

(4) انظر الرقم 718 السابق.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 74، صفحة 48 ـ انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى، 28 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، I، رقم 283، صفحة 186 ـ 11 آذار 1986، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 354 وDalloz 1987، صفحة 183 من التقرير، تعليق H. GROUTEL ـ النقض المدني، 28 آذار 1939، المجلة العامة للتأمين البري، 1939، صفحة 285؛ Dalloz 1939، 1، صفحة 68، تعليق M.PICARO.

(6) انظر: المسؤولية: مفاعيلها، رقم 413 وما يليه. وكذلك Y. LAMBERT - FAIVRE, Droit des assurances، موسوعة Dalloz، الطبعة الثامنة، 1992، رقم 684، وما يليه. M-L. et J. MAZEAUD Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, الجزء III، مجلدين، الطبعة السادسة، تأليف F.CHABAS، منشورات Montchrétien، رقم 2696 وما يليه ـ M. PICARD et A. BESSON, Les assurances terrestres، الجزء I، عقد التأمين، الطبعة الخامسة، تأليف A. BESSON، منشورات L.G.D.J.، 1982، رقم 379 وما يليه.

(7) M. PICARD, L'autonomie de l'action directe، المجلة العامة للتأمين البري، 1933، صفحة 725 وما يليها.

ويتوقف الموضع المتروك لعقد التأمين ولشخص المؤمَّن على تأثيرهما في هذا الحق في التعويض.

وإذا لم يكن وجود المدين الوسيط وهو المؤمَّن، في المقام الأول، بدون تأثير في نظام الدعوى، فذلك لأن البرهنة على المسؤولية أحد شروطها[1]، وهذا الشرط محدود عندما يبدو في غير صالح الضحية. والأمر على هذا النحو بالنسبة إلى اختصام المؤمَّن. وإذا كان هذا الاختصام قد فرضته مبدئياً، محكمة النقض[2] لكي تسوّى في الوقت عينه المسائل المتعلقة بالمسؤولية والتأمين، فإنه «يفسر بمرونة من أجل تجنب أن يصبح عائقاً أمام ممارسة الدعوى المباشرة»[3]. كما أن الاجتهاد، عندما يكون المؤمَّن موضوع إجراء جماعي، يأخذ بأن الضحية، إذا كان عليها أن تختصمه في القضية لكي يجري الحكم حول مسؤوليته، ليس عليها أن تخضع لإجراء تحقيق الديون، إلاّ في حالة ادعائها بدين بمبلغ العملة ضده[4]. والضحية،

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 168.

(2) النقض المدني، 13 كانون الأول 1938، Dalloz 1939، صفحة 33، تعليق M. PICARD، المجلة العامة للتأمين البري، 1939، صفحة 83 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 شباط 1976، Dalloz 1976، صفحة 597، ملاحظة Cl. J. BERR وH. GROUTEL؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1976، صفحة 490، تعليق A.B ـ 11 تموز 1977، النشرة المدنية، I، رقم 319، صفحة 253؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1978، صفحة 369، رقم 10، ملاحظة G. DURRY؛ Dalloz 1978، صفحة 233 من التقرير، ملاحظة CLJ BERR وH. GROUTEL. 6 كانون الأول 1978، النشرة المدنية، I، رقم 378، صفحة 295 أول تموز 1980، النشرة المدنية، I، رقم 203، صفحة 166؛ Dalloz الأسبوعي 1981، صفحة 457 من التقرير، ملاحظة Cl. J. BERR وH. GROUTEL ـ 13 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 202 ـ 16 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 72، صفحة 55. وكذلك حكم الغرفة التجارية، 30 كانون الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 24، صفحة 15 (موجب اختصام المؤمَّن لا يمنع قاضي الأمور المستعجلة من إدانة المؤمَّن بدفع مقابل الوفاء).

(3) المسؤولية: المفاعيل، رقم 417، صفحة 542 والإسنادات المستشهد بها. انظر في صدد نقد الاجتهاد الذي يلزم، كشرط لقبولية الدعوى المباشرة، اختصام المؤمَّن، H. GROUTEL, La double nature de l'action directe l'autre l'assureur de responsabilité، المسؤولية المدنية والتأمين، 1991، رقم 8.

(4) الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 15 حزيران 1979 (حكمان)، Dalloz الأسبوعي 1979، صفحة 561، تعليق F.DERRIDA وملاحظة A. HONORAT؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1979، صفحة 364، طلبات TOUBAS، تعليق A.B؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة G، II، 19197، تعليق A. BESSON وJ. BIGOT. وكذلك Y. LAMBERT - FAIVRE, Fondement et portée de la mise en cause assuré en faillite dans l'action directe exercée par la victime contre l'assureur du responsable، Dalloz الأسبوعي 1979، صفحة 243 وما يليها من العرض. انظر في ها الاتجاه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 208 حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية IV، رقم 269، صفحة 213 22 أيلول 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 261 حكم الغرفة التجارية، 21 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148 18 تموز 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 226، صفحة 151 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية I، رقم 105، صفحة 69 ـ تقرير محكمة النقض، 1991، رقم 8، الصفحات 362 إلى 364 ـ 2 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 38.

إذ تطالب المؤمَّن وحده بمبلغ التعويض الذي لا يمر عبر ذمة المؤمَّن المالية، تمارس حقاً خاصاً يمكن هكذا أن يتنكر لوضع المؤمَّن والطابع الخاص للحق الذي تمارسه الضحية يفسّر، بالطريقة عينها، إنها ليست في منافسة مع الدائنين الآخرين لالمؤمَّن. ويمنحها تجميد الدين بين يدي المؤمِّن، فضلاً عن ذلك، حصرية على التعويض، إذ يمكن أن يدان المؤمِّن بدفعه لها حتى ولو كان المؤمَّن قد جُرِّد من قيمة التعويض لصالح الغير[1]. وتتجلى استقلالية الدعوى المباشرة أيضاً في واقع أن الضحية بإمكانها، من جهة أولى، مقاضاة المؤمِّن في حين أن المؤمَّن لا يطلب الإفادة من ضمانها[2]، وبإمكانه من جهة أخرى العدول عن دعواه ضد المؤمَّن مع الاحتفاظ بالاستفادة من حقه الخاص تجاه المؤمِّن[3]. وقد حكمت الغرفة التجارية أخيراً بأن تحديد المسؤولية التي يمكن أن يتمسك بها المؤمِّن ضد الضحية ويتعذر على المؤمَّن التمسك بها[4].

غير أنه من الممكن، في الاتجاه المعاكس، أن يشكل وجود المؤمَّن فائدة للضحية لا يمكن في هذه الحالة إنكارها. وهكذا لا تمنع الدعوى المباشرة الضحية التي تحوزها من أن تقاضي المؤمَّن: المؤمَّن والمؤمِّن ملزمان تجاهها بالتضامن[5].

إن التوجه الاجتهادي مماثل في ما يتعلق، هذه المرة، بعقد التأمين، ولا شك في أن أحكام هذا العقد تحدد النفع الذي يشكل بالنسبة إلى الضحية ممارسة الدعوى المباشرة، عندما تكون محتجاً بها تجاهها[6]. والاجتهاد يفسر هذه الأحكام مع ذلك بصورة حصرية لأنها تناقض حق الضحية في التعويض.

وهكذا احتفظ الاجتهاد بحالة الدفوع السابقة لتجميد الدين، أي حدوث الفعل الواجب التعويض عنه الذي يرفض قبول حجيته بالنسبة إلى الضحية. وهذا الحل لا يطبّق فقط على

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 شباط 1985، المجلة العامة للتأمين البري، 1985، صفحة 407، ملاحظة G. VINEY.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 8 نيسان 1986، النشرة المدنية، I، رقم 78، صفحة 77.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، I، رقم 10، صفحة 8؛ Dalloz الأسبوعي 1987، صفحة 397، ملاحظة H. GROUTEL.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334. وكذلك: المسؤولية: المفاعيل، رقم 428، صفحة 554.

(5) النقض المدني، 24 تشرين الأول 1932، Dalloz 1932، صفحة 586؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1932، صفحة 1000، تعليق M. PICARD ـ 13 تموز 1961، المجلة الفصلية للتأمين البري، 1962، صفحة 190، ملاحظة A.B.

(6) Y. LAMBERT - FAIVRE، المرجع عينه، رقم 703 وما يليه. عندما تكون الضحية غيراً بالنسبة إلى عقد التأمين تأخذ محكمة النقض بأن البرهنة على غياب الضمان الاتفاقي تقع على عاتق المؤمِّن. انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 2 تموز 1991، النشرة المدنية، I، رقم 217، صفحة 143 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 10 تموز 1991، النشرة المدنية، III، رقم 209، صفحة 122 ـ 14 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 272، صفحة 160.

بنود سقوط الحق[1] وإنما أيضاً على تعليق التعويض وتحقيقه وتخفيضه[2]. وقد جرى امتداده، فضلاً عن ذلك، إلى البنود التي تُخضع العمل بالضمان من قبل المؤمَّن لمطالبة الضحية الجارية خلال مدة فعالية العقد[3]، قبل أن تعتبر الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض بنوداً كهذه غير خطية[4]. إن عدد الدفوع غير القابلة للاحتجاج بها تزداد بشكل محسوس في ما يتعلق بالتأمينات الإلزامية[5].

ومنذ وقت أحدث أيضاً عادت محكمة النقض إلى اجتهاد قائم[6] لتحكم بأن التعويض الذي على المؤمَّن دفعه للضحية لا يمكن أن تجري مقاصته مع مبلغ علاوات التأمين المستحقة في تاريخ الحادث وإنما لم يكن المؤمَّن قد سددها[7]. وهذا الحل يعطي الأفضلية للضحية من جديد بتأمين سلطان الدعوى التي تمارسها بالنسبة إلى عقد التأمين. ويمكن فضلاً عن ذلك أن يسوَّغ بالتنسيق بين القواعد الخاصة بالمقاصة والدعاوى المباشرة التامة. وبالفعل ينتج عن المادة 1289 من القانون المدني أن المقاصة ليس لها دور إلا بين شخصين مدينين

---

(1) اجتهاد مستقر منذ النقض المدني، 15 حزيران 1981، Dalloz 1931، صفحة 411؛ Dalloz 1932، 1، صفحة 169، تعليق P. ESMEIN؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD. هذا الحل وارد اليوم في المادة R.1-124، من قانون التأمينات.

(2) النقض المدني، 12 آذار 1963، المجلة العامة للتأمين البري، 1963، صفحة 487، تعليق A. BESSON.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 28 و23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 36، صفحة 34؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة II,G، 20509، ملاحظات G. DURRY (الناقدة) ـ Dalloz 1985، صفحة 216، تعليق Y.J. (الحكم الأول) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، النشرة المدنية III، رقم 80، صفحة 48 ـ Dalloz 1988، صفحة 153 من الموجز، ملاحظات H. GROUTEL (الناقدة) ـ انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 نيسان 1987، مصنف الاجتهادات الدوري، 1987، الطبعة G، IV، صفحة 209.

(4) 19 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 303، صفحة 212؛ مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة II,G، 21656، ملاحظة J. BIGOT.

(5) انظر بالنسبة إلى التأمين الإلزامي للمركبات ذات المحرك المادة R.13-211 من قانون التأمينات. وكذلك B. LEGRAND, Les novelles obligations de garantie due par l'assureur automobile aux victimes d'accidents de la circulation، المجلة العامة للتأمين البري، 1987، ولا سيما صفحة 29 وما يليها.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 كانون الثاني 1992، المجلة العامة للتأمين البري، 1992، صفحة 283، ملاحظة R. MAURICE ـ 3 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، I، رقم 1، صفحة 1 ـ 4 تشرين الأول 1989، النشرة المدنية، I، رقم 302، صفحة 102 ـ 30 نيسان 1985، النشرة المدنية I، رقم 134، صفحة 124؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1985، صفحة 406، ملاحظة G. VINEY ـ 3 تشرين الثاني 1981، النشرة المدنية، I، رقم 320، صفحة 271 28 كانون الثاني 1975، Dalloz 1976، صفحة 313، تعليق Cl. J. BERR وH. GROUTEL؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1976، الطبعة II،G، 18284، تعليق A. BESSON.

(7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 نيسان 1993 (النشرة المدنية، رقم 148، صفحة 99)، و31 آذار 1993 (النشرة المدنية، I، رقم 132، صفحة 88)، Dalloz 1993، صفحة 519، تعليق Ch. LARROUMET.

أحدهما تجاه الآخر. والحال أن دين التعويض مجمد في ذمة المؤمِّن المالية لصالح المؤمَّن وحده منذ حصول الضرر. فالمؤمِّن هو في هذه الآونة مدين الضحية وليس المؤمَّن. والمادة 1289 لا يمكن العمل بها إذن.

وقد أعلنت محكمة النقض، إذ أمّنت أيضاً سلطان الدعوى المباشرة بالنسبة إلى عقد التأمين أن التقادم (مرور الزمن) لسنتين بالنسبة إلى عقد التأمين[1] غير محتج به تجاه الضحية؛ ثم إن الضحية، بعد أن عينت محكمة النقض أن مهلة مرور الزمن على الدعوى المباشرة هو مرور الزمن ذاته بالنسبة إلى الدعوى التي تمارسها الضحية ضد المؤمِّن[2]، أخذت بأن الضحية بإمكانها أيضاً مقاضاة هذا المؤمِّن[3]، إذا كانت دعوى مهلة السنتين للمؤمَّن ضد المؤمِّن لم يمر عليها الزمن بعد. كما حكمت استناداً إلى المبدأ ذاته بأن اعتراف المؤمِّن بمسؤوليته الخالي من اللبس يقطع مهلة التقادم بالنسبة إلى الضحية، مع أن المؤمَّن لم يتم إعلامه بالخلل الذي كان هو في أساسه[4].

لكن التفسير يختلف عندما يكون تطبيق القواعد المتعلقة بعقد التأمين من الممكن أن يفيد الضحية. وقد أخذت محكمة النقض في أول الأمر، في مادة الاختصاص الإقليمي، بأن الضحية بإمكانها الإفادة من أحكام المادة R.1-114 من قانون التأمينات (المادة 3 من قانون 13 تموز 1930) ومقاضاة المؤمِّن في مكان إقامة المؤمَّن أو أمام المحكمة حيث حصل الفعل الضار[5]، قبل أن تأخذ بأن الضحية بإمكانها أيضاً الإفادة من أحكام المادة 42 وما يليها من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة[6]، لأن قواعد المادة RI-114 لا تفرض على

---

(1) النقض المدني، 28 آذار 1939، Dalloz 1939، صفحة 68، تعليق M. PICARD ـ 16 أيلول 1940، Dalloz 1940، صفحة 158 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 19 تشرين الأول 1982، Dalloz 1983، صفحة 207 من التقرير؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1983، صفحة 361. انظر حول التعليل الفقهي للحل Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 109، صفحة 80 وما يليها.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 10 آذار 1982، Dalloz 1984، صفحة 33 من الموجز، ملاحظة Cl-J.BERR وH. GROUTEL ـ 22 تموز 1986، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 595، ملاحظة R. BOUT ـ 28 تشرين الأول 1991 المذكور سابقاً (أخذت محكمة النقض مع ذلك بأن «العمل القاطع للتقادم تجاه المؤمِّن بدون مفعول على سريان تقادم دعوى الضحية ضد المؤمِّن»).

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 11 آذار 1986، النشرة المدنية، رقم 59، صفحة 57؛ Dalloz 1987، صفحة 183 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 22 تموز 1987، النشرة المدنية III، رقم 149، صفحة 87 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 16 شباط 1988، النشرة المدنية، I، رقم 41، صفحة 27؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1988، صفحة 358، ملاحظة R. BOUT؛ Dalloz 1988، صفحة 59 من التقرير. انظر في شأن الالتباس النظري للحل، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 393، صفحة 348.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 شباط 1993، النشرة المدنية، I، رقم 74، صفحة 49.

(5) النقض المدني، 11 تموز 1932، Dalloz 1932، صفحة 425؛ Dalloz 1933، صفحة 5، تعليق L. JOSSERAND. انظر حول التعليل العملي لحل كهذا Ch. JAMIN، الأطروحة الأنفة الذكر، رقم 110، صفحة 82.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1983، المجلة العامة للتأمين البري، =

الضحية التي تمارس دعواها المباشرة.

وهذه اللمحة حول نظام الدعوى المباشرة للضحية تنزع إلى بيان أنها تتمتع بخطوة أكيدة لدى محكمة النقض التي تقبل إلى حد ما سلطانها تبعاً للأهمية المتغيّرة للنفع الذي تعطيه الدعوى المباشرة للضحية.

783 ـ في حين أن محكمة قبلت تقليدياً أن الدعوى المباشرة للضحية، المبنية على المادة L.3-124. من قانون التأمينات، لم تكن مقبولة إلا في مادة تأمين المسؤولية[1]، مدّت الغرفة التجارية منذ وقت أحدث هذه الدعوى إلى التأمين على الأجسام في الشأن البحري[2].

كانت إحدى السفن، في القضية المعنية، لم تُلقِ حبال الربط ففرقت وأحدثت ضرراً في الأسلاك تحت البحر للتغذية الكهربائية تعود لكهرباء فرنسا. وقد رأت محكمة الاستئناف، إذ قبلت أن كهرباء فرنسا قاضت مباشرة للإيفاء ضد مؤمِّن جسم السفينة، إن هذا المؤمِّن يأخذ على محكمة الاستئناف انتهاكها أحكام المادتين L.3-124 وL.8-173 من قانون التأمينات. وقد أيّدت محكمة النقض، بعد أن استعادت نص المادة الأخيرة التي «تنص على أن مؤمِّن الجسم هو ضامن تسديد الأضرار من أي نوع كانت، باستثناء الأضرار اللاحقة بالأشخاص التي يُلزم بها المؤمِّن بناء على مراجعة الغير في حالة الاصطدام بالسفينة المؤمَّنة أو اصطدام هذه السفينة بعمارة أو بجسم ثابت ومتحرك أو عائم»، محكمة الاستئناف في أخذها بقبولية الدعوى التي مارستها كهرباء فرنسا ضد المؤمِّن.

إن حلاً كهذا يمد في مجال الدعوى المباشرة إلى شكل خاص من تأمين الأشياء، في حين أن المادة L.3-124 تحتفظ بالإفادة من هذه الدعوى لتأمينات المسؤولية وحدها ويمكن أن نرى في ذلك خاصية للتأمين البحري[3] الذي يميز مع ذلك بين تأمين الأجسام (المادة 173-1 إلى L.16) وأمين المسؤولية (173 ـ 23 إلى L.26). ويمكن أن نكشف فيها عن دينامية خاصة (بحق التعويض) تتأتى من الوظيفة التعويضية لهذا النموذج من التأمين[4]. إن

= 1984، صفحة 405، ملاحظة J. BIGOT. وكذلك حكم محكمة استئناف باريس، 5 تشرين الثاني 1983، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، صفحة 544، ملاحظة J. BIGOT، استبعاد نص المادة R.1-544 من قانون التأمينات بلا قيد أو شرط.

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 18 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، I، رقم 31، صفحة 22 3 شباط 1982، النشرة المدنية، I، رقم 58، صفحة 50 حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 آذار 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 48، صفحة 42. إضافة إلى حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 تموز 1990، النشرة المدنية، I، رقم 183، صفحة 129 (تأمين الأشخاص لا يتيح قبول دعوى مباشرة).

(2) 3 شباط 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 30، صفحة 23.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، I، رقم 227، صفحة 152، الذي رفض منح دعوى مباشرة خارج مجال تأمين المسؤولية في الشأن العقاري.

(4) انظر الرقم 769 السابق.

الدعوى المباشرة من القانون العام المبنية صنعياً على نص قانوني يجب أن تكون مقبولة كلما كان للتأمين مفعول ضمان التعويض على الغير ضحية الضرر ولو كان غير مباشر.

784 ـ الدعوى المباشرة للدائنين أصحاب الامتياز والمرتهنين العقاريين على تعويض التأمين.

يحوز الدائنون أصحاب الامتياز والمرتهنون العقاريون[1] دعوى مباشرة على تعويض التأمين المعطى في حالة تلف المال الذي يتناوله حقهم. وهذه الدعوى مستمدة من المادة 37 من قانون 13 تموز 1930 التي أصبحت المادة L.13-121 من قانون التأمينات[2].

إن المادة 37، كما المادة 53 من قانون عام 1930، لا تعطي صراحة دعوى مباشرة لصالح الدائنين أصحاب الامتياز والمرتهنين العقاريين. إنها في الحقيقة استعادت بالمماثلة نص المادة 2 من قانون 19 شباط 1889 حول الأساس الذي، رغماً عن التناقضات التي يثيرها[3]، استناداً إليه رأت محكمة النقض في عام 1911 علامة دعوى مباشرة للإيفاء[4] بحجة الإنصاف بشكل أساسي.

وتحدد الفقرة الثانية من المادة L.13-121 أن المبالغ التي يدفعها المؤمّن للغير عن حسن نية[5]، قبل الاعتراض (الذي لا يخضع لأي شرط شكلي) هي صحية. فالأمر يتعلق إذاً بتقييد هام للطابع الكامل للدعوى[6]. ونظامها، مع هذا التحفظ، مماثل لنظام الدعوى المباشرة المبنية على المادة L.3-124[7].

وتنص المادة L.13-121، الفقرة 4، التي تضاعف المادة L.3-124، على أن (المؤمّن، في حالة تأمين المخاطر الإيجارية أو مراجعة الجيران، لا يستطيع أن يدفع إلى غير مالك الشيء المؤجر، الجار أو الغير الحالّ في حقوقه، المبلغ المتوجب أو قسماً منه ما دام لم يتم إرضاء الجار أو الغير الحالّ عن نتائج الحادث، حتى ما يعادل هذا المبلغ». إن الدعوى

---

(1) انظر في ما يتعلق بالتأمين العقاري البحري، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 205، صفحة 130.

(2) انظر منذ وقت قريب حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 تموز 1993، النشرة المدنية، I، رقم 244، صفحة 168.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 76 وما يليه.

(4) 17 تموز 1911، Dalloz 1912، 1، صفحة 81، تعليق M. PLANIOL؛ S.1915 1، صفحة 146، تعليق E. NAGUET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1912، صفحة 517، ملاحظة R. DEMOGUE.

(5) كانت لمحكمة النقض مناسبة تحديد أن إنجاز التدابير القانونية للعلنية من قبل الدائن الملاحق لا تختص بالمؤمّن سيّء النية؛ انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 حزيران 1979، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 492 ـ 25 حزيران 1969، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 494 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 حزيران 1969، Dalloz 1970، صفحة 21، تعليق A. BESSON. ـ 6 تشرين الأول 1971، المجلة العامة للتأمين البري، 1972، صفحة 193.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 213، صفحة 134.

(7) Y. LAMBERT - FAIBRE، المرجع عينه، رقم 342 وما يليه.

المباشرة تامة هنا «تقييد الفقرة 2 لا يطبق إلاّ على الفقرتين 1 و3».

ويمكن، بالمقابل، التساؤل حول منح دعوى مباشرة لصالح الدائنين أصحاب الامتياز والمرتهنين العقاريين «على» الدعوى المباشرة التي يمكن أن يمارسها المالك على أساس هذا النص. إن السيد Cozin يرى النفي بالأخذ بأن الدعوى المباشرة لهذه الفئة من الدائنين جرى قبولها فقط في تأمين الأشياء وليس تأمين المسؤولية (المادة L.3-121، الفقرة 1)، وأن الدعوى المباشرة، بسبب طابعها الاستثنائي، لا يمكن أن تمتد خارج مجالها. إن الحل يستحق تأييده وإنما لأسباب تسويغ مختلفة. فالتفسير الحصري للدعوى المباشرة لا يسوّغ رفض امتداد المجال[1]. على أن المخصص بالتعويض هو المالك دون الدائنين أصحاب الامتياز والمرتهنين العقاريين الذين يجدون أنفسهم أصحاب دعوى مباشرة تتطعم في تأمين خارج عن إواليتها.

785 ـ دعوى الشحّان المباشرة.

في حالة استئجار السفينة من الباطن ألا يستطيع الشحان طلب دفع أجرة السفينة لمستأجر السفينة أو أن بإمكانه ممارسة دعوى مباشرة ضد المستأجر من الباطن؟

لا يبدو أن المسألة طرحت في ظل الأمر الاشتراعي البحري لعام 1681 عندما يكون مفعول هذا النص الذي يمنع تأجير سفينة من الباطن بثمن أعلى من الثمن الوارد في العقد الأولي تقليص عدد استئجار السفن من الباطن إلى حد كبير[2]. والمحاكم، على اعتبار أن استئجار السفينة من الباطن تماثله بإيجار من الباطن، تطبق عليه، منذ القرن التاسع عشر، أحكام المادة 1753 من القانون المدني لكي تمنح مجهّز السفينة دعوى مباشرة للإيفاء[3]. والجدال حول تسويغ هذا الحل[4] لا مجال له في وجود نص قانوني صريح.

فالمادة 14 من قانون 18 حزيران 1966 التي تكرس الاجتهاد السابق تنص بالنحل على أن «الشحّان، بمقدار ما يتوجب له على مستأجر السفينة، بإمكانه مقاضاة مستأجر السفينة من الباطن لإيفاء أجرة السفينة التي ما تزال متوجبة على هذا المستأجر» وتحدد، في الفقرة الثانية، أن «استئجار السفينة من الباطن لا يقيم سوى علاقات مباشرة حين الشحّان ومستأجر

---

(1) انظر حول حدود النظرية القانونية للدعوى المباشرة، الرقم 728 السابق.

(2) POTHIER, Louages maritimes، رقم 53.

(3) انظر حكم محكمة التجارة في DIEPPE، 22 تموز 1877، S.80، 2، صفحة 45 حكم محكمة استئناف روان، 28 شباط 1878، Dalloz 73، 2، صفحة 30 ـ 21 تشرين الثاني 1899، Dalloz 1900، 2، صفحة 204. انظر في الاتجاه عينه حكم محكمة التجارة في سين، 8 كانون الثاني 1953، 959، 1، القانون البحري الفرنسي صفحة 606، وبناء على استئناف حكم محكمة استئناف باريس، 14 كانون الأول 1959، القانون البحري الفرنسي، 1961، صفحة 215، تعليق R.RODIÈRE.

(4) انظر G. RIPERT, Droit maritime، الجزء I، الطبعة الرابعة، رقم 1658، صفحة 545.

السفينة من الباطن»[1].

وقد حكمت محكمة النقض مؤخراً، تقريراً لفعالية الدعوى المباشرة، بأن الشّحان الذي يقاضي مستأجر السفينة من الباطن لتسديد أجرتها بإمكانه الإفادة ضده من الامتياز الذي أنشأته المادة 2 من القانون في حدود ما يزال متوجباً على مستأجر السفينة من الباطن للشّحان الوسيط[2].

ب ـ مستحدثات القانون

786 ـ ينبغي، إلى جانب الإنشاء القانوني الذي تشكله الدعوى المباشرة في مادة المقاولة من الباطن، بيان حالة رفض محكمة النقض إعطاء الاجراء دعوى مباشرة للإيفاء على أساس قانون 27 كانون الأول 1973.

1) دعوى المقاول من الباطن ضد صاحب العمل المستقل

787 ـ الإيفاء المباشر والدعوى المباشرة.

بما أن دعوى العمال المباشرة لم يجعلها الاجتهاد تمتد إلى المقاولين من الباطن[3]، فإن قانون 31 كانون الأول 1975 هو الذي قبل المبدأ، مبدئياً وساس ممارستها وفقاً لمنهج يفرق بين النظامين[4].

ويجب بالفعل التفريق بين «الإيفاء المباشر» (الباب II) و«الدعوى المباشرة» (الباب III).

يطبق الإيفاء المباشر «على الصفقات التي تقوم بها الدولة الجماعات العمومية والمؤسسات العمومية» (المادة 4) ما دام أن مبلغ عقد المقاولة يفوق 4000 فرنك (المادة 6، الفقرة 2)، والعقود التي تجريها شركات الاقتصاد المختلط[5] والمؤسسات التي تملك فيها جماعة عمومية قسماً مهما بما فيه الكفاية من رأس المال لكي تمارس فيها رقابة فعلية[6]

---

(1) حكم محكمة استئناف باريس، 22 كانون الثاني 1982، القانون البحري الفرنسي 1982، صفحة 553، تعليق R. ACHARD. قارن في مادة النقل الجوي بحكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 14 أيار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 162، صفحة 117.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 79. وتعزيز الدعوى المباشرة، من وجهة نظر عامة، بامتياز كان يطمح إليه الفقه. انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 573 وما يليه.

(3) انظر الرقم 780 السابق.

(4) انظر حول مجمل المسألة RAMBURE, Le paiement du sous - traitant، منشورات L.G.D.J، 1990.

(5) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 16 تشرين الأول 1984، مجلة القانون العقاري، 1985، 256، ملاحظة Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

(6) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 كانون الثاني 1988، Dalloz 1988، صفحة 27 من التقرير (تملك الدولة 90% من رأس المال) ـ 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 52، صفحة 35.

تخضع له من حيث المبدأ. وتنص المادة 6، الفقرة الأولى، على أن «المقاول من الباطن الذي جرى قبوله وشروط الإيفاء وافق عليها صاحب العمل المستقل يسدد له القسم من الصفقة الذي أمّن تنفيذه»، في حين أن الفقرة الأخيرة تحدد أن «هذا الإيفاء إلزامي حتى ولو كان المقاول الأصلي في حالة تصفية أمواله أو التسوية القضائية أو تعليق الملاحقات موقتاً». وبالتالي ينشيء الإيفاء المباشر دعوى مباشرة تامة طالما أنّ دين المقاول مجمد منذ الأساس لصالح المقاول من الباطن.

والدعوى المباشرة التي لا يمكن أن تكون دعوى الإيفاء الاحتياطية التي لم تجتمع شروطها[1] تطبق على جميع أشكال المقاولات من الباطن الأخرى التي تقصدها المادة الأولى من القانون. ونظامها، ضمن تحفظ مزدوج، يقترب من نظام الإيفاء المباشر المطبق في مادة الصفقات العمومية. فطابعها، من جهة أولى، احتياطي: لا يمكن العمل بها إلاّ بشرط أن يكون صاحب العمل المستقل متخلفاً عن الحضور وفقاً لأحكام المادة 12. والدعوى الممنوحة للمقاول من الباطن، من جهة ثانية، باعتبار أن تجميد الدين بين يدي صاحب العمل المستقل لا يتم مبدئياً إلاّ في آونة ممارسة الدعوى (المادة 13، الفقرة 2)، هي دعوى مباشرة غير تامة، مع التحفظ لجهة أحكام المادة 13 ـ 1 المتحدرة من قانون 2 كانون الثاني 1981 التي تقارنها بالدعاوى المباشرة التامة[2].

إن ممارسة الدعوى، كما مفاعيلها، تضفي على الدعوى المباشرة الواردة في الباب III طابعاً جرى التمكن من وصفه بصواب «بالغريب»[3].

788 ـ شروط الممارسة.

تخضع ممارسة الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن أو المقاولين من الباطن المتعاقبين[4] ضد صاحب العمل المستقل بشرط مزدوج لقبولهم والموافقة على شروط إيفائهم من قبل صاحب العمل المستقل (المادة 3).

---

(1) حكما الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض في 12 و19 كانون الثاني 1982، S.1982، 384، تعليق A. BÉNABENT (الناقد) ـ حكما مجلس الدولة 17 آذار و13 تشرين الأول 1982، Dalloz 1983، صفحة 238 من التقرير، ملاحظة P. DELVOLVE؛ حوليات الاجتهاد الإداري، 1982، صفحة 727، طلبات BOYON؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، الطبعة G، II، 20100، ملاحظة G. FLÉCHEUX.

(2) انظر الرقم 789 اللاحق.

(3) H. SYNVET, In Nouvelles variations sur le conflit opposant banquiers et sous - traitants، مصنف الاجتهادات الدوري، 1990، الطبعة I،G، 3425، رقم 31.

(4) قبلت محكمة النقض ممارسة الدعوى المباشرة ضد صاحب العمل المستقل في حالة المقاولة من الباطن المتسلسلة. انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة، 29 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G،II، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ Dalloz 1980، صفحة 443، تعليق A. BENABENT، 11 تشرين الأول 1983، Dalloz 1984، صفحة 153، تعليق A. BÉNABENT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1984، صفحة 327، رقم 3، ملاحظة Ph. RÉMY.

وقام جدال حول نقطة معرفة ما إذا كانت ممارسة «الدعوى المباشرة»، إذ استعاد الباب II (المادة 6) أحكام المادة 3 في حين أن الباب III لم يأت على ذكرها، خاضعة لهذا الشرط المزدوج[1]. وفي حين أن الغرفة التجارية أعلنت نفي ذلك أخذت الغرفة المدنية الثالثة بالحل المعاكس[2]. وأخذت الغرفة المختلطة المدعوة إلى البت بالأمر بأن القبول والموافقة إذا كانا مطلوبين فليس من الواجب أن يكونا سابقين أو متلازمين لإبرام عقد المقاولة من الباطن ولا يمكن، في أي حال من الأحوال، أن يتمسك بهما صاحب العمل المستقل، باستثناء المقاول الأصلي ودائنيه[3]. ويمكن أن يكون القبول والموافقة اللذان قد يكونان حاصلين في آونة ممارسة الدعوى المباشرة[4] ضمنيين شرط أن لا يكونان ملتبين وأن لا ينتجان عن موقف سلبي من جهة صاحب العمل المستقل[5].

ولا يكون المقاول من الباطن محروماً من الحماية في غياب الموافقة والقبول. ولا شك في أن محكمة النقض، ترفض، مع أنه لم يصدر حكم بإدانة ذلك[6]، أن يمارس المقاول من الباطن دعوى الإثراء بلا سبب ضد صاحب العمل المستقل[7]. إنها تغطية مع

---

(1) انظر في شأن الطابع الجمعي للموافقة والقبول، حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، أول نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 110، صفحة 67؛ Dalloz 1994، صفحة 148 من التقرير، ملاحظة A. BÉNABENT. قارن بحكم الغرفة التجارية، 16 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 259، صفحة 180، قبول ممارسة الدعوى المباشرة حتى في غياب الموافقة إذا لم يحتج بها صاحب العمل المستقل ضد المقاول من الباطن.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، وحكم الغرفة المدنية الثالثة، 29 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة II,G، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ Dalloz 1980، 443، تعليق A. BÉNABENT.

(3) 13 آذار 1981، مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة II،G، 19568، طلبات TOUBAS، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1981، صفحة 862، رقم 2 ملاحظة Ph. RÉMY. انظر في المقام الأخير حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 43.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 31 آذار 1993، النشرة المدنية، III، رقم 48، صفحة 31، Dalloz 1994، صفحة 148 من الموجز، ملاحظة A. BÉNABENT (لا أهمية تذكر لأن يكون المقاول الأصلي موضوع إجراء جماعي) - 16 كانون الأول 1987، النشرة المدنية، III، رقم 206، صفحة 122.

(5) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تموز 1984، النشرة المدنية، III، رقم 141، صفحة 109 - 19 تشرين الثاني 1986، مجلة القانون العقاري، 1987، صفحة 231، ملاحظة Ph. MALINVAUD وB. BOUBLI - حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 114، صفحة 87 - 14 حزيران 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 200، صفحة 138 - حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 30 تشرين الأول 1991 النشرة المدنية، III، رقم 257، صفحة 151؛ 1992، صفحة 114 من الموجز، ملاحظة A. BÉNABFNT.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 حزيران 1985، Dalloz 1986، صفحة 456، تعليق Ph. DUBOIS. إضافة إلى حكم محكمة استئناف اميان، 8كانون الثاني 1987، Dalloz 1987، صفحة 336، تعليق Ph. DUBOIS.

(7) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1992، النشرة المدنية، III، رقم 319، =

ذلك بديلاً متحدراً من تفسير الفقرة الثانية من المادة 3، أي أن المقاول من الباطن يستفيد من عقده لكي يسدد له المقاول ما يتوجب عليه ويكون مسؤولاً في حالة التنفيذ السيّىء لمقاولته من الباطن، أو أن لا يفيد من عقده فلا يكون مسؤولاً[1]. وبإمكانه، فضلاً عن ذلك «الإفادة من المادة 14 ـ 1 المتحدرة من قانون 6 كانون الثاني 1986[2]. وعلى صاحب العمل المستقل، في قطاع البناء والأشغال العمومية وشرط أن يكون مهنياً (المادة 14 ـ 1، الفقرة الأخيرة) «إذا كان على علم بوجود مقاول من الباطن في الورشة لم يكن موضوع موجبات محددة في المادة 3، أن ينذر المقاول للقيام بموجباته». وعليه، فضلاً عن ذلك «أن يطلب إلى المقاول الأصلي أن يسوّغ تقديم الكفيل» وأن لا يستفيد المقاول من الباطن المقبول الذي تم قبول شروط إيفائه من الإنابة في الإيفاء. وإذا كان هذا المقاول من الباطن بإمكانه إثبات أن صاحب العمل المستقل كان مهملاً يمكنه اعتباره مسؤولاً تقصيرياً[3] مما يشكل قلباً للتحليل، على اعتبار أن الموافقة والقبول كان إنشاؤهما في الأصل لحماية صاحب العمل المستقل.

وإذا توفر هذا الشرط المزدوج بإمكان المقاول من الباطن الذي لا يستطيع العدول عن الدعوى المباشرة (المادة 12، الفقرة 2)، التي يحتفظ بالإفادة منها إذا كان المقاول الأصلي موضوع إجراء جماعي (المادة 12، الفقرة 3)[4]، أن يقاضي صاحب العمل المستقل (مباشرة) (المادة 12، الفقرة الأولى) «إذا لم يقم المقاول، خلال شهر من إنذاره، بدفع المبالغ المتوجبة استناداً إلى عقد المقاولة من الباطن»، شرط توجيه نسخة عن الإنذار إلى صاحب العمل المستقل[6].

= صفحة 197؛ Dalloz 1994، صفحة 152 من الموجز، تعليق A. BÉNABENT.

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 188، صفحة 116 ـ 23 نيسان 1992، النشرة المدنية، III، رقم 135، صفحة 84 ـ 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية III، رقم 21، صفحة 12. ـ 13 نيسان 1988 (حكمان)، النشرة المدنية، III، رقم 72، صفحة 41؛ النشرة المدنية، III، رقم 73، صفحة 42؛ Dalloz 1988، صفحة 522، تعليق Ph. DUBOIS؛ مجلة قصر العدل 1988، 2، صفحة 605، تعليق E. CARO وB. SABLIER، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 106، رقم 2، تعليق Ph. RÉMY.

(2) انـظـر H. PÉRINET - MARQUET, L'impact de l'article 14 - 1 de la loi du 31 décembre 1975: Vers une meilleure sécurité de paiement des sous - traitants، مصنف الاجتهادات الدوري، 1994، الطبعة I، G، 3745.

(3) كمية العطل والضرر يمكن أن تساوي المبلغ «المجمّد» بين يدي صاحب العمل المستقل، مع تخفيض التعويضات المتوجبة عن التأخر والعيوب المحتملة؛ انظر A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المختلطة في 13 آذار 1981، المذكور سابقاً.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، المذكور آنفاً الذي استنتج من ذلك منطقياً أن المقاول من الباطن لا يتوجب عليه الخضوع لإجراء تحقيق الديون. أضف إلى ذلك حكم محكمة استئناف فرساي، 29 أيلول 1988، Dalloz 1988، صفحة 262 من التقرير.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 12 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 126 (الإيداع في المطلوبات من المقاول الأصلي يساوي إنذاره) ـ 3 تموز 1990، النشرة المدنية، IV، رقم =

789 ـ المفاعيل.

موجبات صاحب العمل المستقل محددة (المادة 3، الفقرة الأولى) من جهة أولى «بالتقويمات المنصوص عليها في عقد المقاولة من الباطن» المستفيد منه[1]، ومن جهة ثانية (المادة 13، الفقرة 2) «بما يتوجب عليه للمقاول الأصلي بتاريخ تلقي الإنذار».

وتميز الفقرة الثانية من المادة 13 دعوى مباشرة غير تامة[2]. ولا يسري تجميد الدين إلاّ في آونة ممارستها. وعليه ليست الدفوع السابقة لتاريخ الدعوى محتجاً بها ضد المقاول من الباطن على عكس الدفوع اللاحقة. وهكذا حكمت محكمة النقض بأن صاحب العمل المستقل ليس في وسعه أن يحتج في وجه المقاول من الباطن بوضع المبالغ المتوجبة، عليه للمقاول الأصلي موضوع تصفية أمواله تحت الحراسة إذا كان صاحب العمل المستقل قد تلقى نسخة عن الإنذار بأن عليه أن يدفع للمقاول من الباطن المالغ المسحقة استناداً إلى عقد المقاولة من الباطن قبل حكم محكمة التجارة الذي أمر بهذه الحراسة[3].

إن طابعاً كهذا يمنع الخطوة عن المقاول من الباطن الذي يمكن أن يرى بطرح حقه فإنما من الماهية إذا كان مبلغ دينه، في آونة ممارسة دعواه، أي في يوم تلقي صاحب العمل المستقل نسخة عن الإنذار[4]، قد تقل إلى ذمة الغير المالية[5]، ويظهر هذا الإجحاف بوضوح في النزاع الذي يواجهه بمؤسسات الائتمان التي حرك المقاول لديها ديناً ناتجاً عن عقد المقاولة[6].

= 199، صفحة 138 (تقديم كمبيالة صادرة لتسديد الأشغال لا يساوي إنذار المقاول الأصلي) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 8 حزيران 1982، النشرة المدنية، III، رقم 144، صفحة 104. أضف إلى ذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، النشرة المدنية، III، رقم 159، صفحة 92 (إرسال نسخة من الإنذار لا يشكل إخطاراً بالدفع بمعنى المادة 1153 من القانون المدني) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 حزيران 1992، النشرة المدنية، III، رقم 187، صفحة 115 ـ 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 256، صفحة 150 (تلقى نسخة عن الإنذار لا يجعل صاحب العمل المستقل مديناً شخصياً بالفوائد إلاّ بعد إنذاره).

(1) حكمت الغرفة المختلطة بأن الدعوى المباشرة يمكن أن تتناول أي مبلغ ما يزال متوجباً على المقاول الأصلي في آونة ممارستها ولا أهمية تذكر لأي أشغال يعود هذا الرصيد المتوجب. انظر 18 حزيران 1982 (حكمان)، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة II,G، 1958، طلبات SADON، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ Dalloz 1983، صفحة 221، تعليق A. BÉNABENT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 29 أيار 1991، المذكور آنفاً.

(2) انظر A. BÉNABENT، تعليق على حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 شباط و8 آذار 1983، Dalloz 1983، صفحة 483 ـ M. ROUX, Vers un charte de la sous - traitance، المجلة الاقتصادية للقانون العقاري، 1978، صفحة 64.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 17 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، III، رقم 193، صفحة 111.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 17 تشرين الأول 1990 المذكور سابقاً.

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة، 12 أيار 1993، النشرة المدنية، III، رقم 64، صفحة 41، الذي يجب الاستنتاج منه أن هذا النقل لا مجال له كلما لم يكن هذا الدين مستحقاً.

(6) انظر من وجهة نظر عامة A. BÉNABENT, Le conflit entre banquiers et sous - traitants، مجلة القانون =

وهكذا حكمت محكمة النقض بأن المتعهد من الباطن يتغلب على المصرفي حامل كمبيالة، وإنما بالشرط الوحيد في أن يمارس الدعوى المباشرة إمّا قبل تاريخ الاستحقاق إذا لم يكن السند قد تم قبوله[1] وإمّا قبل تاريخ الحسم في الفرضية المعاكسة، إذ يؤدي القبول إلى النقل الفوري وفاء الكمبيالة[2]. وقد جرى الأخذ بهذا الحل بعد أن أدخل قانون 2 كانون الثاني 1981 المادة الجديدة 13 ـ 1 عندما لم يكن من الممكن أن تمتد هذه المادة التي تنص على أن «المقاول الأصلي لا يستطيع أن يلجأ إلى حوالة الحق أو رهن الدين الناتج عن صفقة أو عقد مبرم مع صاحب العمل المستقل إلاّ بما يعادل المبالغ المتوجبة له بسبب الأشغال التي نفذها شخصياً»، خارج مجالها المحدد حصراً[3].

وبالمقابل استخرجت محكمة النقض من ذلك، في زمن أول، النتائج المتعلقة بالتنازل Dailly بالحكم بأن قيام المقاول بنقل دينه على صاحب العمل المستقل، حتى قبل ممارسة الدعوى المباشرة من قبل المقاول من الباطن كان غير محتج به ضد صاحب العمل المستقل[4]. وجرى الأخذ بحل مماثل في ما يختص بعقد تحصيل الديون الذي أحلّ المقاول الأصلي غيراً في حقوقه لكامل الدين الذي كان له على صاحب العمل المستقل[5]. وهذا الحل قابل للنقد عندما لا يدخل تحصيل الديون، المحقق عن طريق حلول اتفاقي لا يختلط مع حوالة الحق[6]، في حقل تطبيق المادة 13 ـ 1 بشكل صريح[7].

= العقاري، 1990، صفحة 149 وما يليها ـ A. M. ROMANI, La protection des sous - traitants de marchés privés titulaires de l'action directe dans le conflit les opposant aux banquiers bénéficiaires de transferts de créances، Dalloz 1990، صفحة 179 وما يليها من العرض ـ H. SYNVET، المقالة المذكورة سابقاً.

(1) حكم الغرفة التجارية، 4 كانون الأول 1984، Dalloz 1985، صفحة 181، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20455، ملاحظة H. SYNVET.

(2) حكم الغرفة التجارية، 18 شباط 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 17. قارن في ما يتعلق بحسم سند لأمر بحكم.الغرفة التجارية، 5 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 95، صفحة 65؛ Dalloz 1992، صفحة 28 من الموجز، ملاحظة M. VASSEUR.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تموز 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 211، صفحة 141؛ Dalloz 1991، صفحة 369، تعليق P. BLOCH؛ تقرير محكمة النقض، 1989، صفحة 314.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 318، صفحة 213؛ طلبات MONTANIER، تقرير محكمة النقض، 1988، صفحة 141 ـ 29 أيار 1991، المذكور سابقاً. وكذلك M. PEISSE, L'action directe des sous - traitant en concours avéc une cession de créances «Loi Dailly»، مجلة قصر العدل، 1989، I، الفقه، صفحة 146.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 آذار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 57 ـ 12 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 63، صفحة 43 ـ 5 شباط 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 53، صفحة 35 ـ 22 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، IV، رقم 318، صفحة 312.

(6) انظر B. STARCK - Oligations، 3، النظام العام، الطبعة الرابعة، 1992، تأليف H. ROLAND et L. BOYER، رقم 54، صفحة 34.

(7) انظر حول ضرورة تفسير حصري المادة 13 ـ 1، تقرير محكمة النقض، 1989، صفحة 315.

وهذه اللاحجية التي مدت محكمة النقض الإفادة منها إلى المصرفي المتنازل له عندما لا يبرهن عى مسؤوليته[1] تحقق «عدم قابلية تصرف مستتر»[2] لدين المقاول من الباطن في ذمة صاحب العمل المستقل المالية. وهي تتيح هكذا مقارنة الدعوى المباشرة التي يحوزها المقاول من الباطن بفئة الدعاوى المباشرة التامة[3].

وأصبح نص قانون عام 1975، بسبب هذه الإضافات المتعاقبة[4]، معقداً صنعياً. وهو نادراً ما يقوم، بكونه لم يربح في التماسك، وفي الفعالية على ما يبدو، حماية فعالة للمقاولين من الباطن الذين يتحملون دائماً مفاعيل الإجراءات الجماعية التي تصيب شركاءهم الاقتصاديين.

2) دعوى الأجراء للإيفاء ضد رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية (A.G.S).

790 ـ وضع قانون 2 كانون الثاني 1973 نظام تأمين إلزامي لضمان دفع أجور الأجراء ضد مخاطر اعسار المتسخدِم. والنظام القانوني لهذا التأمين، حتى ولو أنيطت إدارته الفصاية بموجب اتفاقية برابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة (ASSEDIC)، (المادة L.-11- 143تضطلع به رابطة أنشئت لهذه الغاية: رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية (A.G.S)[5]. وبالتالي طرحت مسألة دعوى مباشرة محتملة للإيفاء يحوزها العمال ضد رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية.

وقد أجبرت المادة L.7-11-143 ممثل الدائنين على وضع بيان بالديون وفق سجل الاستحقاقات المحدد بشكل آمر يبدأ بالسريان اعتباراً من حكم افتتاح الأجراء. وإذا كانت ديون الأجراء يتعذر دفعها من الأموال الجاهزة فإن الممثل يطلب سلفة من رابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة ويدفع فوراً الأموال المتلقاة للأجراء. وهذا الإجراء الخاص الذي أوجده المشترع يستبعد بالتأكيد منح دعوى مباشرة لصالح الأجراء. ولا تطرح المسألة إلاّ في حالة إهمال الممثل الدائنين. بيد أن الاجتهاد، حتى في هذا الوضع، كان مجمعاً بسرعة على

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 آذار 1991، المذكور سابقاً.

(2) التعبير هو للسيد Synvet، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 37 وما يليه.

(3) على أن الأمر مختلف عندما يحصل المقاول الأصلي على الكفالة المنصوص عليها في المادة 14، الفقرة 13 ـ 1 التي تسمح له بحوالة الحق أو رهن الديون بكاملها.

(4) انظر، فضلاً عن ذلك المادة 14 ـ 1 الجديدة المتحدرة من قانون 6 كانون الثاني 1986 التي تجبر صاحب العمل المستقل، ضمن بعض الشروط، على إنذار المقاول الأصلي باحترام الموجبات الملقاة على عاتقه في المادة 3. انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 189، صفحة 168.

(5) انظر حول نظام رابطة إدارة الاستخدام في الصناعة والتجارة G. COUTURIER, Droit du travail، الجزء I، علاقات العمل الفردية، منشورات P.U.F، الطبعة الثانية، 1993، رقم 316، صفحة 502، وما يليها. كذلك B. BEZIAN, La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire: quelques décisions récentes، القانون الاجتماعي، 1991، صفحة 678 وما يليها.

رفض منح دعوى مباشرة لصالح الأجراء[1].

وهذا الجواب السلبي لمحكمة النقض منتقد. فالأجير، كما في حالة تأمين المسؤولية[2]، هو المستحق النهائي لمبلغ الضمان الذي يعطيه التأمين، وهذا الضمان ليس متوجباً على الهيئة التي تؤمن إدارته إلاّ بسبب دين المستخدِم للأجير. كما أن الأسباب التي سوّغت إعطاء دعوى مباشرة للضحية أو مكتسب الملكية الثاني في ما يتعلق بالضمان[3] كان من الواجب، لو لم تكن النظرية الحالية للدعوى المباشرة قانونية عن خطأ[4] أن تكون موجودة في ما يتعلق بالأجراء، على الأقل في حالة إهمال ممثل الدائنين.

ولمنح الدعوى المباشرة في هذه الفرضية سنة اختصار الإجراء إذ تتجنب أن تقوم رابطة إدارة نظام تأمين الديون الأجرية بدفع الدين المستحق بين يدي ممثل الدائنين الذي يدفعه بدوره للأجير. وهي، من جهة أخرى، لا تفيد الأجير ظلماً بالنسبة إلى الأجير الذي يرى نفسه مطبقاً عليه الأجراء المنصوص عليه في القانون عندما لا يكون عليه، ذلك بأن ممثل الدائنين ملزم بأن يدفع له «فوراً المبالغ التي تلقاها» بسبب الامتياز الأول الذي يحوزه، أن يتحمل مشاركة دائني المدين الآخرين موضوع إجراء جماعي.

ومن المناسب بيان أن محكمة النقض، عندما يبرم المستخدِم وثيقة تأمين لضمان دفع تعويضات الصرف من الخدمة، تمنح الأجراء مباشرة للإيفاء ضد التأمين[5].

II ـ الدعاوى المباشرة للمسؤولية

791 ـ بما أن دعاوى المسؤولية هي من خلق اجتهادي فإن بعض النصوص جاء يؤكد الإوالية فمن الضروري إذاً تمييزها.

---

(1) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 16 تشرين الأول 1980، النشرة المدنية، V، رقم 747، صفحة 550، Dalloz 1981، صفحة 201 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 9 تموز 1980، صفحة 204 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT، 25 تشرين الثاني 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 395، صفحة 317؛ Dalloz 1981، صفحة 389 من الموجز، ملاحظة A. HONORAT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 تموز 1981، القانون الاجتماعي 1982، 193 ـ 13 أيار 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة G، IV، صفحة 211 ـ 19 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، V، رقم 659، صفحة 418. أضف إلى ذلك حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 25 آذار 1982، النشرة المدنية، V، رقم 210، صفحة 155 ـ 25 نيسان 1984، النشرة المدنية، V، رقم 141، صفحة 110 (يستطيع الدائنون مقاضاة رابطة الاستخدام في الصناعة والتجارة لإدانتها بإعادة وضع الأموال بين يدي ممثل الدائنين).

(2) انظر الرقم 769 السابق.

(3) انظر الرقم 721 السابق.

(4) انظر الرقم 728 السابق وما يليه.

(5) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 9 حزيران 1993، النشرة المدنية، V، رقم 160، صفحة 109؛ Dalloz 1994، صفحة 220، تعليق Ch. JAMIN.

أ ـ خلق الاجتهاد

792 ـ إذا كانت الدعوى المباشرة للضمان في مادة المبيعات المتعاقبة مبنية على الفكرة في أن هذه الدعوى يجب أن تفيد مالك المال[1]، فإن المظاهر الأخرى للإوالية يمكن أن تكون مبنية على فكرة نقل القيمة بين حائز الدعوى والمدين الفرعي[2].

1) دعوى مكتسب الملكية الثاني المباشرة ضد بائع سابق[3].

793 ـ سبق أن بينا تكوّن الدعوى المباشرة للضمان وانتشارها[4] وهي تطبق على العيوب الخفية وعلى نزع اليد[5]. وقد سمحت محكمة النقض، إضافة إلى ذلك، لمكتسب الملكية الثاني بأن يقاضي للمسؤولية من القانون العام البائع السابق استناداً إلى عدم مطابقة الشيء المباع[6]. كما سمحت، فضلاً عن ذلك، بأن يمارس دعوى المسؤولية العقدية من القانون العام المبنية على موجب الأمن الملقى على عاتق البائع المهني[7]. وقبول الدعوى المباشرة لصالح مكتسب الملكية الثاني التي أكدت محكمة النقض حديثاً مبدأها[8] يترك عدداً من المسائل المتعلقة بنظامها معلقاً.

794 ـ الغموض المتعلق بالنظام القانوني

حسمت محكمة النقض مسائل مختلفة بوضوح كافٍ.

فقد أخذت، في ما يتعلق بشروط ممارسة الدعوى، بأن مكتسب الملكية الثاني لا يستطيع مقاضاة الذين باعوا الشيء في حين أن الغيب سبق أن كان موجوداً[9]. يضاف إلى

---

(1) انظر الرقمين 721 و769 السابقين.

(2) انظر الرقم 768 السابق.

(3) J. GHESTIN et B. DESCHÉ، المرجع عينه، رقم 1015 وما يليه. وكذلك E. ROBINE, Le point sur l'action directe dans les chaînes et les groupes de contrats، منشورات D.M.F، 1993، صفحة 533 وما يليها.

(4) انظر الرقم 721 السابق.

(5) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 28 آذار 1990، النشرة المدنية، III، رقم 93، صفحة 50، Dalloz 1991، صفحة 25، تعليق J. KULLMANN.

(6) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 آذار 1983، النشرة المدنية I، رقم 92، صفحة 81؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1984، الطبعة II,G، 20295، ملاحظة P. COURBE؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1983، صفحة 753، ملاحظة Ph. RÉMY.

(7) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 44، صفحة 29؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1993، صفحة 592 وما يليها، ملاحظة P. JOURDAIN (كان مكتسب الملكية الثاني واهباً).

(8) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 28 تشرين الأول 1991 (لم ينشر في النشرة)، العقود والمنافسة والاستهلاك، 1992، ملاحظة L. LEVENEUR.

(9) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 5 كانون الثاني 1972، مصنف الاجتهادات الدوري، 1973، الطبعة II،G، 17340، ملاحظة Ph. MALINVAUD.

ذلك أن مكتسب الملكية الثاني الذي يقاضي لضمان العيوب الخفية، ليس عليه موجب اختصام البائع الوسيط[1]. كما أنه يخضع، إذ ليس بإمكانه اختيار الطريق التقصيرية[2] لقواعد التقادم في المادة العقدية وحدها. وهكذا يلزم بالمقاضاة في مهلة المادة 1648 الأقصر إذا مارس دعوى ضمان العيوب الخفية[3]. وعليه دعوة الباني إلى الحضور خلال السنتين لتسلم العقار إذا قاضى لضمان سنتين[4]، وخلال عشر سنوات اعتباراً من تسلم الأشغال لضمان عشر سنوات[5]، ومهلة القانون العام، في مادة عدم المطابقة، هي المطبقة بداهة[6]. وقد حددت محكمة النقض، من ناحية ثانية، أنه من غير الممكن إعطاء صاحب العمل المستقل دعوى مباشرة مبنية على عدم مطابقة المنتجات ضد الصانع، مع إعطاء دعوى ضمان العيوب الخفية ضد هذا الصانع ذاته لصالح المقاول، في ما يتعلق بالعيوب ذاتها[7]. ويمكن أخيراً التفكير شرعاً في أن الإجراء الجماعي الذي يطال البائع الوسيط يجب أن يبقى بلا تأثير في ممارسة الدعوى المباشرة. وتقدر المسائل المتعلقة بالمسؤولية بالفعل في شخص البائع السابق؛ فمكتسب الملكية الثاني ليس إذاً بحصر المعنى دائن البائع الوسيط الذي لا يطلب إليه تسديد مبلغ من العملة. إن الغرفة التجارية تنزع إلى هذا الحل إذ حكمت، في 26 تشرين الثاني 1990، بأن واقع كون صاحب العمل المستقل لم يقم بإحداث شيء في المهل المطلوبة في المطلوبات من المقاول (حصومه) لا يحرمه من دعواه المباشرة للمسؤولية ضد صانع المواد[8].

---

(1) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 133، صفحة 74.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 241، صفحة 192؛ Dalloz 1980، صفحة 222 من التقرير، تعليق Ch. LARROUMET؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1980، صفحة 355، ملاحظة G. DURRY ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 تشرين الثاني 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1983، IV، صفحة 28 ـ 27 أيار 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 182، صفحة 162 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 3 أيار 1984، النشرة المدنية، I، رقم 149، 126 ـ 13 تشرين الثاني 1984، النشرة المدنية، I، رقم 303، صفحة 258 ـ 4 آذار صفحة 1986، النشرة المدنية، I، رقم 57، صفحة 53 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 30 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، II، رقم 240، صفحة 130؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 223، ملاحظة P. JOURDAIN.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 298، صفحة 184 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 9 تشرين الأول 1979، المذكور سابقاً.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 شباط 1988، النشرة المدنية III، رقم 41، صفحة 22.

(5) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 21 آذار 1968، Dalloz 1970، صفحة 663، تعليق Ph. JESTAZ. وكذلك حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 6 كانون الأول 1989، النشرة المدنية، III، رقم 228، صفحة 125.

(6) حكم محكمة استئناف باريس، 15 تشرين الأول 1986، Dalloz 1987، صفحة 334، طلبات G. PAIRE.

(7) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 3 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 220، صفحة 129؛ Dalloz 1992، صفحة 272 من الموجز، ملاحظة J. KULLMANN.

(8) النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

وقد حكمت الغرفة المدنية الأولى، في ما يتعلق بنتائج الدعوى، بأن مكتسب الملكية الثاني بإمكانه الحصول بالتضامن على إدانة البائعين السابقين[1]. ويبدو، فضلاً عن ذلك، أنها بتت، في 27 كانون الثاني 1993[2]، بمسألة الاستردادات. كانت إحدى محاكم الاستئناف، في هذه القضية، قد أخذت بأن البائع الأصلي كان عليه أن يسدد لمكتسب الملكية الثاني الذي مارس ضده دعوى الفسخ لعيب خفي المبلغ الذي دفعه للبائع الوسيط. وجرى نقض هذا الحكم بحجة أن «دعوى الفسخ لعيب خفي التي مارسها مكتسب الملكية الثاني هي دعوى سلفه، أي دعوى البائع الوسيط ضد البائع الأصلي، وأن هذا البائع الأصلي غير ملزم برد ما تلقاه، سوى ما يتوجب عليه من عطل وضرر للتعويض عن الضرر المسبب». وهكذا لا يتوجب على البائع السابق لمكتسب الملكية الثاني سوى مبلغ الثمن الذي استوفاه من البائع الوسيط. والفائض، أي الفرق بين هذا المبلغ والثمن الوارد في عقد البيع المبرم بين البائع الوسيط ومكتسب الملكية الثاني مخصص لمكتسب الملكية هذا في شكل عطل وضرر.

على أن بعض المسائل المهمة ما تزال موضوع حلول غامضة.

إن الاجتهاد متناقض في ما يتعلق بالطابع المستتر للعيب. ففي حين أن الغرفة المدنية الثالثة حكمت في عام 1975 بأن علم مكتسب الملكية الثاني بالعيب كان بلا تأثير، فالمهم فقط جهله من قبل البائع الوسيط[3]، أخذت الغرفة التجارية منذ وقت أقرب بأن معرفة البائع الوسيط بالعيب كان بلا تأثير في ممارسة الدعوى[4]. وهذا الحل الأخير يناقض أساس الدعوى المباشرة للضمان المستخرج من مفهوم التابع، عندما يكون مكتسب الملكية الثاني حائز حق يستطيع حتى سلفه الإفادة منه، وعليه ينبغي تقدير العلم بالعيب في شخص مكتسب الملكية الثاني. غير أنه متوافق مع منطق الدعوى المباشرة التي تميز ممارسة حق خاص لصالح هؤلاء الحائزين[5] والغموض ذاته موجود في صدد الدفوع المحتج بها ضد مكتسب الملكية الثاني.

لا شك في أن الغرفة المدنية الثالثة حكمت بأن مورّدي المواد بإمكانهم الاحتجاج في وجه صاحب العمل المستقل «الذي يمارس دعوى طبيعتها عقدية (تجاههم) بجميع وسائل الدفاع التي بإمكانهم ممارستها ضد شريكهم في التعاقد»[6]. والحل متوافق مع موقف محكمة

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 231، صفحة 161.

(2) النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة، G، I 3684، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHESTIN..

(3) 28 تشرين الأول 1975، النشرة المدنية، III، رقم 311، صفحة 235.

(4) 24 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 250، صفحة 186.

(5) انظر الرقم 813 اللاحق.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 107 ـ 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

النقض التي تأخذ بأن الدعوى التي يقيمها مكتسب الملكية الثاني أو صاحب العمل المستقل هي بالضبط دعوى سلفه[1]. بيد أن هذا المبدأ يتعذر تطبيقه في المجالات جميعاً. ففي حين أن الغرفة المدنية الثالثة ذاتها استنتجت منه منطقياً أن صاحب العمل المستقل، لأنه يمارس دعوى مباشرة عقدية ضد الصانع، يمكن أن يرى نفسه قد جرى الاحتجاج في وجهه ببند تحديدي للضمان[2] أو ببند صلاحية من قبل الصانع[3]، أخذت الغرفة المدنية الأولى بأن البند التحكيمي المدخل في العقد الأصلي لا يحتج به في وجه مكتسب الملكية الثاني «لعدم الانتقال، العقدي»[4]. وهذا الحل الأخير يمكن أن يسوّغ بخاصية البند التحكيمي واستقلاليته داخل العقد واضحة بصورة خاصة، ويمكن أن يجسد أيضاً بروز تفريق بين البنود المرتبطة مباشرة بالضمان الذي يفيد منه مكتسب الملكية الثاني والقابلة للاحتجاج بها والبنود غير المرتبطة به بصورة حميمة. وهذا التفريق وربما الحاذق بسبب الكل الذي يشكله العقد، يدفع، في حال من الأحوال، تأكيداً جديداً للطابع الخاص للدعوى أنه يتيح أيضاً تحديد خط تقاسم بين الدفوع المحتج بها وتلك غير المحتج بها.

795 ـ مبدأ غامض.

أدانت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، إذ بينت، بتعابير عامة واستناداً إلى المادة 1165 من القانون المدني وحدها، أن «ليس للاتفاقيات مفعول إلاّ بين الفرقاء المتعاقدين»، بلا جدال اجتهاد الغرفة المدنية الأولى المنبثق عن حكمي 8 آذار و21 حزيران 1988[5].

بيد أنه من اليقيني اليوم التمسك بالاجتهاد الذي يبني مفهوم التابع على نقل دعوى الضمان أو عن المسؤولية العقدية من القانون العام طالما أنها مستخرجة من مطابقة الشيء أو أنها تكون واردة في مادة البناء[6]. وبالفعل يتيح الرباط القانوني الذي ينشئه مفهوم التابع بين المدين الفرعي والمدين الوسيط الإحاطة، حسب الطريقة ذاتها التي كانت طريقة مؤلفي القرن

---

(1) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I،G، 3684، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHESTIN.

(2) 26 أيار 1992 المذكور سابقاً.

(3) 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة I،G، 3520، ملاحظة Ch. JAMIN. وكذلك حكم محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1967، Dalloz 1968، صفحة 60 من التقرير.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، I، رقم 230، صفحة 165 ـ وكذلك Ph. DELEBECQUE, La trasmission de la clause compromissoir، مجلة التحكيم، 1991، صفحة 19 وما يليها.

(5) المذكورين سابقاً.

(6) انظر الرقم 746 السابق.

الناسع عشر[1]، بقساوة المادة 1165 من القانون المدني.

على أن اللجوء إلى مفهوم التاسع يمكن انتقاده[2]. مع أن الفقه كان منقسماً، فإن بعض المؤلفين توصل إلى التفكير في أن هذا الاجتهاد يسهل التخلي عن إلاّ أن قضاء المجموعات الأوروبية أجاب بالنفي على السؤال الذي طرحته عليه محكمة النقض في صدد تطبيق المادة 5 ـ 1 من اتفاقية بروكسل مشيراً إلى قاعدة اختصاص خاصة في المادة العقدية للنزاع الذي يواجه مكتسب الملكية الثاني بالصانع بسبب عيوب الشيء أو عدم ملاءمته للاستعمال المعدّ له. وقد استنتجت المحكمة، بعد أن بينت، في التقليد الأكثر إرادوية وتحرراً، «إن مفهوم «المادة العقدية»، بمعنى المادة 45، النقطة 1، من الاتفاقية، لا يمكن فهمه بأن يستهدف وضعاً لا يوجد فيه أي تعهد مضطلع به تجربة من فريق تجاه آخر»، من ذلك أنه «ليس ثمة أي رباط عقدي بين مكتسب الملكية الثاني والصانع»[3]، للحكم بأن المادة 5 ـ 1 من الاتفاقية لا تطبق على النزاع بين مكتسب الملكية الثاني والصانع.

إن حلاً كهذا كان من المفروض أن يحث محكمة النقض على تعديل اجتهادها لكي تؤكد منذ ذلك الحين الطبيعة التقصيرية للدعوى التي يمارسها مكتسب الملكية الثاني[4]. ولهذا الحل فائدة مزدوجة، إذ إن من شأنه أن يضع نهاية للغموض المتعلق بأساس نظام الدعوى المباشرة[5]، وتأمين وحدة القانون المادي الداخلي وقواعد الاختصاص القضائي المستمدة من اتفاقية بروكسل. وهذه الوحدة تجنب وصف دعوى مكتسب الملكية الثاني «بالتقصيرية» بمعنى الاتفاقية، ثم «بالعقدية» من قبل القضاء الفرنسي المختص احتمالياً. ولكن ذلك هو غير الحل الذي اعتمدته الغرفة المدنية الأولى التي انحنت، في 27 كانون الثاني 1993[6]، أمام سلطان محكمة العدل في مادة الاختصاص. بيد أنها حكمت، في اليوم نفسه، في القانون المادي الداخلي، بأن «دعوى الفسخ لعيب خفي التي يمارسها مكتسب الملكية هي دعوى سلطة»[7]، مؤكدة هكذا الطابع العقدي للدعوى التي مارسها،

---

(1) انظر الرقم 720 السابق.

(2) انظر الرقم 747 السابق. وكذلك Ch. JAMIN, Une restauration de l'effet relatif des contrat، Dalloz 1991، صفحة 27 من العرض ولا سيما رقم 6.

(3) محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 17 حزيران 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة II,G، 21927، تعليق Ch. LARROUMET. مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E، I، 363، تعليق P. JOURDAIN؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة I,G، 3664، رقم 3، ملاحظة G. VINEY؛ Dalloz الاسبوعي 1993، صفحة 214 من الموجز، ملاحظة J. KULLMANN؛ جريدة القانون الدولي، 1993، صفحة 469، ملاحظة J-M. BISCHOFF؛ المجلة الناقدة للقانون الدولي الخاص، 1992، صفحة 726، ملاحظة H. GAUDEMET - TALLON.

(4) انظر في هذا الاتجاه G. VINEY وY. LEQUETTE، التعليقين السابقين.

(5) انظر الرقم 747 و794 السابقين.

(6) النشرة المدنية، I، رقم 34، صفحة 22؛ المجلة الناقدة للقانون الدولي الخاص، 1993، صفحة 485، تعليق H. GAUDEMET - TALLON.

(7) النشرة المدنية، I، رقم 45، صفحة 30.

في القضية المعنية، مكتسب الملكية الثاني.

2) دعوى صاحب العمل المستقل المباشرة ضد صانعي المواد والمكونات.

796 ـ حكمت الهيئة العامة في محكمة النقض بكامل أعضائها، خارج النظام القانوني موضوع قانون 4 كانون الثاني 1978[1]، إذ بتت بنزاع بين الغرفتين المدنيتين الأولى والثالثة، في عام 1986، بأن «صاحب العمل المستقل، كما مكتسب الملكية الثاني، يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء والعائدة لسلفه؛ وهو يحوز بالتالي ضد الصانع دعوى عقدية مباشرة مبنية على عدم مطابقة الشيء المسالم»[2].

إن مجالها الذي يمتد إلى ضمان نزع اليد والعيوب الخفية[3] محدود مع ذلك بالأوضاع وحدها التي يتبع فيها عقد المقاولة عقد بيع، ذلك بأن اللجوء إلى مفهوم التابع في هذه الفرضية فقط هو مؤثر[4]. وفي الأوضاع الأخرى، وعلى وجه الخصوص عندما يكون المدعى عليه مقاولاً من الباطن، يمنع حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها قبول ممارسة دعوى المسؤولية العقدية[5].

يعود إذاً، تحت طائلة النقض، إلى قضاء الأساس تحديد صفة المقاول من الباطن والصانع للمدعى عليه لتحديد نظام الدعوى التي يمارسها حائزها[6].

---

(1) انظر الرقم 801 اللاحق.

(2) 7 شباط 1986، Dalloz 1986، صفحة 293، تعليق A. BÉNABENT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1986، الطبعة G، II، 20616، ملاحظة Ph. MALINVAUD؛ مجلة قصر العدل، 1986، 2، صفحة 543، تعليق J-M. BERLY؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1986، صفحة 364، ملاحظة J. HUET؛ صفحة 594، ملاحظة J. MESTRE؛ صفحة 605، ملاحظة Ph. RÉMY؛ Dalloz 1987، صفحة 185 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 حزيران 1993، النشرة المدنية، III، رقم 226، صفحة 157 ـ 28 تشرين الأول 1991، المذكور سابقاً ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

(3) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 أيار 1984، مصنف الاجتهادات الدوري، 1985، الطبعة G، II، 20387، ملاحظة Ph. MALINVAVD، Dalloz 1985، صفحة 213، تعليق A. BÉNABENT؛ مجلة قصر العدل، 1985، 2، صفحة 437، تعليق H. SOULEAU؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1985، صفحة 406، ملاحظة Ph. RÉMY؛ صفحة 588، ملاحظة S. HUET.

(4) ينبغي أن يطبق اجتهاد الهيئة العامة بكامل أعضائها منطقياً أيضاً على الأشخاص الذين يكتسبون ملكية الشيء العائد لصاحب العمل المستقل عندما يستطيعون هم أيضاً الإفادة من مفهوم التابع.

(5) انظر P. JOURDAIN, Des résistances et des limites à la jurisprudance sur les responsabilité contractuelle directe dans les groupes de contrats، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1989، صفحة 287 وما يليها، رقم 1، الذي يحلل مختلف أحكام الغرفة المدنية الثالثة التي ترفض امتداد اجتهاد الهيئة العامة خارج مجاله الضيق.

(6) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 18 تشرين الثاني 1992، النشرة المدنية، III، رقم 299، صفحة 184.

إن دعوى صاحب العمل المستقل، المبنية على مبدأ الدعوى المباشرة للضمان والمسؤولية ذاته في مجال المبيعات المتعاقبة، يجب أن تتبع نظامها، وهي، فضلاً عن ذلك، خاضعة للغموض عينه[1].

3) الدعوى المباشرة للمستفيد من الائتمان ضد المورّد

797 ـ استثناء الحق في الاستهلاك.

لا يقبل الاجتهاد تقليدياً وجود أيّ رباط قانوني بين عقد البيع وعقد الائتمان (أو الاعتماد)[2]. وقد رجعت محكمة النقض عن هذا التحليل في المجال الخاص بالائتمان للاستهلاك، استناداً إلى المادة 9، الفقرة 2، من قانون 10 كانون الثاني 1978 التي تنص على أن عقد الائتمان «يفسخ أو يبطل بقوة القانون عندما يكون العقد الذي أبرم لأجله هو نفسه مفسوخ أو مبطل»[3].

كان أحد المستهلكين، في القضية المعنية، قد أبرم عقد إيجار سفينته نزهة لمدة سبع سنوات مقترناً بوعد بالبيع مع شركة بيع في صورة إيجار. وكانت هذه الشركة قد اكتسبت ملكية السفينة لدى أحد البانين. وادعى المستهلك ضد الباني لفسخ البيع لأن السفينة تبينت عدم أهليتها للملاحة عن طريق الخبرة، وضد شريكه في التعاقد لفسخ عقد البيع في صورة إيجار استناداً إلى المادة 9 من قانون 10 كانون الثاني 1978. فاحتج هذا الشريك في وجهه بنصوص عقدهما الذي ورد فيه أن الضمانات التقنية المتعلقة بالسفينة قد سلمت إليه باستثناء إلغاء البيع. وبينت محكمة النقض التي أيدت حكم قضاة الأساس[4]، من جهة أولى أن النص التشريعي كرس ترابط عقود البيع والائتمان لتستنتج، وجود «دعوى مباشرة لفسخ البيع» لصالح المقترض، مع مراعاة تدخل المقرض في القضية أو اختصامه (المادة 9، الفقرة 3)، ومن وجهة ثانية أن طابع الانتظام العام للقانون يمنع هذا المقرض من الاحتجاج ضد المقترض بأحكام العقد الذي يربطهما.

ويبدو هذا الطابع بوضوح خاص بقلم السيد Mestre[5] فيما أن القانون يكرس ترابط

---

(1) انظر الرقم 794 السابق.

(2) انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 20 تشرين الثاني 1974، النشرة المدنية، I، رقم 311، صفحة 267؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1975، الطبعة II,G، 18109، ملاحظة J. CALAIS - AULOY.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض. 11 شباط 1986، النشرة المدنية، رقم 27، صفحة 23؛ Dalloz 1986، صفحة 541، تعليق B. GROSS؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1987، صفحة 100، رقم 6، ملاحظة J. MESTRE.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 19 تشرين الأول 1983، مجلة قصر العدل، 1984، صفحة 105، تعليق E. M. BEY.

(5) التعليق المذكور آنفاً، صفحة 101 وصفحة 102. ويعترف المؤلف بالطابع الناجم عن مبادرة مستقلة لهذه الدعوى المباشرة الجديدة، مع أنه عارض فيما بعد وصفها استناداً إلى تحليل السيد Cozian.

عقدي البيع والائتمان، فمن المنطقي، كما يبين المؤلف، أن يتمكن المستأجر من أن يتقاضى مباشرة لفسخ عقد البيع رغماً عن أيّ بند مخالف «إذا شئنا أن يتمكن المقترض من أن يكون في هذه الحالة في حِلّ من العقد فعلياً».

798 ـ غياب الدعوى المباشرة في مادة البيع المهني في صورة إيجار.

رفضت محكمة النقض، خارج المجال المحدد في قانون 10 كانون الثاني 1978 ورغماً عن حث بعض الفقه[1]، إعطاء المستأجر المقترض حق المقاضاة لفسخ عقد البيع[2]، إلاّ أن يكون عقد البيع في صورة إيجار قد نقل إليه الضمانات، التي تحوزها شركة البيع في صورة إيجار[3].

ونادراً ما يتيح التطور الاجتهادي الحديث تفحص تغيير في التحليل. والأحكام التي قبلت ممارسة دعوى مباشرة داخل «سلاسل متنافرة من العقود» والتي يمكن الاعتقاد أن الحلول التي اعتمدتها سيحافظ عليها رغماً عن حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها في 12 تموز 1991[4] ليست مطبقة بداهة في مجال البيع في صورة إيجار لأنها تفرض بالفعل أن يتمتع حائز الدعوى بملكية الشيء ذي الضمان التابع[5]. ولا يغدو المستأجر المقترض، في ما يتعلق بالبيع في صورة إيجار، مالك الشيء بالضرورة؛ ولا تكون الممارسة الاحتمالية للدعوى المباشرة مقبولة إلاّ بشرط أن يكون مالكاً[6].

ويمكن إبداء الأسف على حالة القانون الوضعي هذه، ذلك بأن المعايير التي تتيح الاعتراف بوجود دعوى مباشرة مجتمعة هنا بلا جدال: النقل المتبادل للقيمة بين المستأجر المقترض والمورّد وتلازم علاقاتهما القانونية[7]. فهل يؤمل انتظار نص غير دقيق لتجاوز قساوة المادة 1165؟

---

(1) M. HARICHAUX - RAMU, Le transfert des garanties dans le crédit- bail mobilier، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1978، رقم 30، صفحة 252 وما يليها.

(2) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 حزيران 1973، النشرة المدنية، IV، رقم 220، صفحة 198 ـ 26 كانون الثاني 1977، النشرة المدنية، IV، رقم 28، صفحة 25 ـ أول كانون الأول 1980، النشرة المدنية، IV، رقم 397، صفحة 319 ـ 8 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية، IV، رقم 299، صفحة 261.

(3) انظر عدا الأحكام المذكورة، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 3 كانون الثاني 1971، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، II، 17300، ملاحظة J.M.LELOUP.

(4) المذكور سابقاً.

(5) انظر حكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 7 شباط 1986، المذكور سابقاً.

(6) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 4 حزيران 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 206، صفحة 146، في الفرضية، التي يستعمل المستأجر المقترض فيها حق الخيار فيغدو مالكها.

(7) قارن بـ J. RAVANAS, De l'interdépendance dans l'exécution des contrats, in Le droit du crédit au consommateur، بإدارة J. FADLALLA، منشورات Litec، 1982، ولا سيما رقم 57، صفحة 453.

ب ـ التأكيدات القانونية

799 ـ إذا كان بعض الدعاوى المباشرة، من جهة نظر شكلية، مبنياً على نص قانوني، فإن هذا النص ليس مما لا غنى عنه عندما يأتي لتأكيد حل ناتج عن مبادرة سابقة.

1) القانون الوضعي.

800 ـ مسؤولية بائع عقار للبناء.

بمقتضى المادة 1646 ـ 1 من القانون المدني، يستفيد «مالكو العقار المتعاقبون» من الضمانات الموضوعة على عاتق بائع العقار للبناء وبإمكانهم أن يقاضوا مباشرة. وفي ما يتعلق بالمبيعات المتعاقبة يمكن أن يسوّغ الحل بمفهوم التابع[1].

801 ـ مسؤولية الباني

وضعت المادة 1792 من القانون المدني نظاماً جديداً للضمان على عاتق «كل بانٍ» يستفيد منه «صاحب العمل المستقل» أو «مكتسبي ملكية العمل المستقل». ولم يرَ المشترع هنا وجوب تحديد أن هذا النظام يستفيد منه جميع مكتسبي ملكية العمل المستقل المتعاقبين طالما أن ذلك مسلّم به[2].

وفي حين أن الغرفة المدنية الثالثة رفضت إفادة مكتسب العمل المستقل من دعوى مباشرة طالما أن شروط تطبيق المادة 1792 ليست مجتمعة[3]، عادت، في 26 أيار 1992[4]، عن هذا الاجتهاد الحاصر. فبعد أن أخذت، في تعابير عامة، بأن «مكتسب الملكية الثاني يتمتع بجميع الحقوق والدعاوى المرتبطة بالشيء الذي يعود إلى سلفه ويحوز، ضد مؤجري العمل المستقل، دعوى عقدية مبنية على التقصير في موجباتهم تجاه صاحب العمل المستقل»، منحت وكيل الشركاء في الملكية دعوى مباشرة للمسؤولية العقدية ضد مؤجري الأعمال المستقلة، في حين أن تطبيق المادتين 1792 و2270 من القانون المدني كان مستبعداً.

---

(1) انظر الرقم 793 السابق وما يليه.

(2) انظر تقرير السيد RICHOMME، الجريدة الرسمية للجمعية العامة، 1977، رقم 3368، صفحة 10، الذي يبين أنه «يمكن الأخذ، مع أن ذلك ليس محدداً بدقة، بأن الاجتهاد المستقر الذي يربط الضمان القانوني بحق الملكية مسلماً به: تتبع الدعوى العقار في أي يد انتقل إليها؛ وهي تفيد بالتالي المالكين المتعاقبين».

(3) 25 تشرين الأول 1989، وقد استشهد بذلك P. JOURDAIN في المجلة الفصلية للقانون المدني، 1990، رقم 1.

(4) النشرة المدنية، III، رقم 168 صفحة 102.

2) المسؤولية الناشئة عن الأشياء

802 ـ يفرق المشروع التمهيدي للإصلاح في 7 تموز 1987 المتعلق بالمسؤولية الناشئة عن المنتجات المشوبة بالعيب والمتخذ تطبيقاً لتوجيه المجموعات الأوروبية 53 تموز 1985[1] بين عيوب الأمن ومطابقة المنتجات[2]. وفي حين أن المسؤولية المعمول بها بالنسبة إلى مطابقة المنتجات لا تفرق حسبما تكون الضحية مرتبطة عقدياً بالمنتج أو المورّد المهني أم لا (المادة 1387 ـ 19)، فإن «المسؤولية العقدية عن عدم مطابقة المنتجات» يستهدفها وحدها القسم الثاني من المشروع التمهيدي. وهذا التقييد ملطف مع ذلك بالمادة 1385 ـ 17 التي تنص على «أن المدعي بإمكانه أن يمارس مباشرة ضد المنتج أو أيّ من المورّدين المتعاقبين الحقوق والدعاوى التي يحوزها استناداً إلى القسمين 1 و2. ويمكن أن تمارس هذه الدعوى، العقدية بالضرورة، أيّاً كانت العقود موضوع التنفيذ التي جرى تقديم المنتجات بالإستناد إليها».

كان هدف هذا النص، في ذهن واضعيه، «إعطاء أساس تشريعي لاجتهاد محكمة النقض التقليدي وليس التجديد»[3]. وهو لا يشكل التأكيد إذاً، مع أنه يمده خارج المجال الذي يجري فيه نقل الملكية الذي يبدو أنه الوحيد الذي تعتمد فيه دعوى مباشرة للمسؤولية في غياب نص خاص[4].

بيد أن القسم الثاني من المشروع التمهيدي المتعلق بعدم مطابقة المنتجات جرى مع الأسف، خلال مناقشة مشروع القانون الحكومي، حذفه. مما أدى إلى خسارة مناسبة وضع نهاية للصعوبات التي تشهد عليها التحولات الحديثة لاجتهاد الغرفة المدنية الأولى والغرفة التجارية في محكمة النقض[5].

الفقرة 2 ـ أنماط الإيفاء المختصرة

803 ـ الدعاوى المباشرة المقتبسة عن التقنية أكثر مما هي مقتبسة عن زوجها يجب على الأقل أن تكون موضوع تفسير حصري. وإذا كان بعضها يفسر بشكل أساسي بالتقليد التاريخي، فإن بعضها الآخر الأحدث يتطلب نصاً تشريعياً خاصاً.

---

(1) Y. MARKOVITS, La directive C.E.E du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux، منشورات L.G.D.J، 1990، مقدمة J. GHESTIN.

(2) J. GHESTIN et B. DESCHÉ، المرجع عينه، رقم 927 وما يليه.

(3) J. GHESTIN, L'avant projet de loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux: une refonte partielle du Code civil، مجلة الاجتهاد التجاري، 1988، صفحة 210.

(4) انظر الرقم 795 السابق.

(5) انظر F. GRÉGOIRE, Vices caches et «non - conformité» de la chose vendue، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1993، صفحة 751 وما يليها ـ J. APOLLIS, Obligations de déliverance et garantie des vices cachés، مجلة اجتهاد القانون الإداري، 1994، صفحة 489 وما يليها.

1 ـ التقليد التاريخي

804 ـ إن دعاوى كهذه مذكورة عقب الدراسة التاريخية للدعوى المباشرة[1] لن يتم تحليلها إلاّ في مظاهرها في القانون الوضعي.

805 ـ دعوى استبعاد المصاريف.

منشأ دعوى استبعاد المصاريف مبادرة مستقلة تعود إلى القانون القديم وكان تسويغها بالتقليد القضائي لحماية المتقاضين المحتاجين[2]. وقد نظمتها اليوم المادة 699 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة (المادة 133 القديمة) لصالح المحامين والوكلاء.

إنها تتيح للمحامين والوكلاء، وهي مقبولة فقط في حالة كون وظيفتهم إلزامية[3] إذا طلبوا ذلك، تحصيل دفع المصاريف التي سلفوها مباشرة للفريق الخاسر. ومن يستفيدون منها يتخلصون من نتائج إعسار زبونهم بدون أن يمنعهم ذلك من المقاضاة لإيفاء النفقات ضد هذا الزبون[4]. وهكذا تقوم دعوى استبعاد المصاريف بدور ضمان الإيفاء.

806 ـ إخطار الغير الحائز.

بمقتضى المادة L.263 من كتاب الإجراءات الضريبية التي استعادت المادة 1922 من القانون العام للضرائب «مفعول إخطار الغير أن تخصص، منذ الاستيفاء، المبالغ التي تم طلبها على هذا النحو لدفع الضرائب المفروضة والمتمعة بامتياز، الخ». ويتيح إخطار الغير الحائز للخزينة الحصول على استيفاء الضرائب المتمتعة بامتياز مباشرة من مدين المدين المكلف بالضريبة[5].

---

(1) انظر الرقم 815 اللاحق.

(2) انظر الرقم 719 السابق. لم يكن الإنصاف وحده ليسوّغ منح سوى امتياز واحد. بيد أن الاعتبارات المؤكدة على وجه الخصوص بالعدالة والمنفعة العامة لصالح الفقراء كانت تسوّغ دائماً في ظل القانون القديم قبول دعوى مباشرة لم يقم واضعو القانون المدني إلاّ بإثباتها. ويمكن التساؤل اليوم حول قيمة اعتبارات كهذه، وبصورة خاصة مع انتشار المعونة القضائية.

(3) حكم الغرفة الاجتماعية في محكمة النقض، 13 تشرين الأول 1955، Dalloz 1956، صفحة 41 ـ 21 تشرين الثاني 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة IV,G، 46 ـ 20 أيار 1985، النشرة المدنية، V، رقم 296، صفحة 212؛ مجلة قصر العدل، 1985، بانوراما، 359، ملاحظة H. CROZE et C. MOREL ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 22 نيسان 1985، النشرة المدنية، IV، رقم 246، صفحة 206 ـ 25 نيسان 1989، النشرة المدنية، IV، رقم 134، صفحة 89 ـ 5 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 97، صفحة 67.

(4) حكم الغرفة المدنية الثالثة، في محكمة النقض، 14 شباط 1990، النشرة المدنية، II، رقم 34، صفحة 20 ـ مصنف الاجتهادات الدوري، 1991، الطبعة G،II، 21675، ملاحظة E. DU RUSQUEC.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 178، حول ضرورة توجيه إكراه إلى المدين بالضريبة لجعل إخطار الغير الحائز محتجاً به.

وإخطار الغير الحائز، المفروض في الأساس لصالح التكاليف المباشرة، جرى امتداده تدريجاً إلى الرسوم على رقم المبيعات (المادة 1926 من القانون العام للضرائب) وإلى الرسوم الجمركية (المادة 387 مكررة من قانون الجمارك)، ويمكن تطبيقه في شأن تحصيل جميع الرسوم التي تستفيد من أحد الامتيازات العامة للخزينة وكذلك بالنسبة إلى غرامات مطرح الضريبة وتحصيلها المطبقة عليهما[1].

وقد استنتجت محكمة النقض، لأن المادة L.263 تنظم تجميد الدين المخصص لاستيفاء الضريبة[2]، تقليدياً وجود دعوى مباشرة لصالح الخزينة[3].

وكانت محكمة النقض، قبل إصلاح الإجراءات المدنية للتنفيذ، قد حكمت بأن إخطار الغير الحائز يشكل معادل حكم صحة الحجز لدى الغير الذي اكتسب حجية الشيء المحكوم فيه[4]، مع التحفظ لجهة أن الإخطار كان نهائياً[5]، ويكون بالفعل كذلك عندما تنتهي مهلة الاعتراض التي رفعتها إلى شهرين المادة R.4-281 من كتاب الإجراءات الضريبية. وينتج عن ذلك أن الدين المتمتع بامتياز كان مجمداً منذ تلقي الإخطار (المادة L.263)، ولكنه لم ينتقل

---

(1) المادة 8 - II من القانون رقم 81 ـ 1179، تاريخ 31 كانون الأول 1981. وكذلك تحقيق المحكمة البدائية، 2 تموز 1982، مصنف الاجتهادات الدوري، 1982، الطبعة .C.I، 7413 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 226، الذي أخذ بأن ديناً لا يتمتع بامتياز لا يمكن تحصيله عن طريق إخطار الغير الحائز.

(2) «مفعول إخطار الغير الحائز تخصيص المبالغ التي طلب تسديدها، منذ استيفائها، لإيفاء الضرائب المتمتعة بامتياز».

(3) عارض أحد المؤلفين وصف الدعوى المباشرة المعطى لإخطار الغير الحائز بحجة أن هذا الإخطار لا يعطي الخزينة «في الأصل، أيّ حق مباشر على ديون المكلف (. . .). فالخزينة لا تكتسب حقاً إلاّ بممارسة دعواها» (P. ANCEL, Les incidences de la réforme des procédures d'exécution sur l'avis à tiers détenteur, Les petites affiches، 6 كانون الثاني 1993، ولاسيما صفحة 37، رقم 3). وهذه الملاحظة التي لا تمنع وصف الدعوى المباشرة لإخطار الغير الحائز تبرهن فقط على أن هذا الإخطار يشكل دعوى مباشرة غير تامة. فالمادة L.263 من قانون الإجراءات الضريبية التي تنص على أن المبالغ المطلوبة مخصصة لإيفاء الضريبة فقط في آونة تلقي الإخطار تشكل إثبات ذلك. وواقع كون إخطار الغير الحائز لا يسوّغ باعتبارات خاصة بقانون الموجبات (انظر الرقم 768 السابق وما يليه) هو الذي يجب أن يفرض مماثلته بنمط إيفاء مختصر.

(4) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1959، النشرة المدنية II، رقم 814، صفحة 351 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 20 حزيران 1980، Dalloz 1980، صفحة 511، تعليق A. HONORAT ـ 22 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 178، صفحة 152.

(5) انظر حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 أيار 1981، Dalloz 1981، صفحة 425، تعليق A. HONORAT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1981، الطبعة G، II، 19683، تعليق B. SOINNE ـ 22 تشرين الثاني 1983، النشرة المدنية IV، رقم 318؛ Dalloz 1984، صفحة 132 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT ـ 15 أيار 1984، Dalloz 1984، صفحة 301 من التقرير، ملاحظة A. HONORAT ـ 2 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 224، صفحة 155 ـ 19 آذار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 107، صفحة 75.

إلى الخزينة إلاّ بانقضاء هذه المهلة[1].

إن قانون 9 تموز 1991 ومرسوم 31 تموز 1992 لم يعدلا إجراء إخطار الغير الحائز بل عدلا فعاليته[2]. ويتيح حجز التخصيص الحالي لعمل الحجز أن يؤدي، وفقاً للمادة 42 من القانون، إلى «تخصيص فوري لصالح حاجز الدين المحجوز الجاهز بين يدي الغير». والخزينة، باستثناء حجز المكافآت التي يحتفظ إخطار الغير الحائز بالنسبة إليها بسمعته[3]، تشترك إذاً مع الدائنين الآخرين الحاجزين: الأسرع بينهم يخصص له مبلغ دينه. وأكثر من ذلك كان يمكن أن يلحق الإجحاف بالخزينة بالنسبة إلى الدائنين الآخرين عندما كان الاجتهاد يأخذ بأن إخطار الغير الحائز لم يكن ينتج أي مفعول ناقل إلا ابتداء من مهلة الاعتراض لشهرين. وقد عدل مرسوم 27 آب 1992 نص المادة L.263 كي يحوز الإخطار أيضاً مفعولاً ناقلاً[4].

وإخطار الغير الحائز، رغماً عن كونه عادياً، إوالية فعاليتها أكيدة. إنها مبنية «على ضرورة المنفعة العامة بتأمين دخل سريع للخزينة من الضرائب»[5]، ولكنها لا تتوافق مع روح الإنصاف للدعوى المباشرة. وينبغي أن تفسر النصوص التي من المفترض إقامتها حصرياً.

807 ـ دعوى الخزينة المباشرة ضد الوديعين العموميين للأموال العامة.

تجيز المادة L.265 من كتاب الإجراءات الضريبية، في ما يتعلق بالضرائب المباشرة المتمتعة بالامتياز، للحراس القضائيين، وللوديعين العموميين للأموال العمومية، طالما هم مجبرون على ممارسة وظائفهم، «أن يدفعوا مباشرة الضرائب المفروضة والمستحقة قبل اللجوء إلى تسليم الأموال التي يحتفظون بها».

ويتعذر الكلام، إلاّ في النادر، على دعوى مباشرة إذ تعطي المادة L. 265 مجرد إمكانية إيفاء على عاتق الوديعين والحراس القضائيين بدون أن تمنح حقاً للخزينة. وهذا ما يجب على الأقل استنتاجه من تفسير حصري بالضرورة للنص.

808 ـ الدعاوى المباشرة للمستشفيات وللمآوي ضد مديني المرضى المعالجين.

تتيح المادة 708 من قانون الصحة العامة للمستشفيات والمآوي ممارسة مراجعتها ضد

---

(1) انظر في المقام الأول حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 5 أيار 1981، المذكور آنفاً.

(2) انظر بالنسبة إلى تمثيل عام P. ANCEL، المقالة المذكورة سابقاً، صفحة 36 وما يليها.

(3) تنظم هذه المنفعة المادة L.I-145 وما يليها من قانون العمل. وتنص المادة 145 3ـ 7 على أن «الديون، في حالة تعدد المحجوزات، تشترك مع مراعاة الأسباب المشروعة للأفضلية». والدائنون الحاجزون هنا تتغلب عليهم الخزينة بسبب المفعول الناقل للإخطار.

(4) المادة L.263، الفقرة 2: «يتضمن مفعول التخصيص الفوري المنصوص عليه في المادة 43 من القانون رقم 91 ـ 650 بتاريخ 9 تموز 1991».

(5) انظر M. COZIAN, L'avis à tiers détenteur en matière de privilège du Trésor، المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1967، صفحة 61 وما يليها، رقم 48.

الأشخاص المعالجين وكذلك ضد مدينيهم العاديين أو الذين تستوجب النفقة لهم.

ومع أن هذا النص لا يمنحها دعوى مباشرة، فإن الاجتهاد أعطاها الإفادة منه[1].

والتقليد التاريخي يمكن أن يسوّغ هنا أيضاً منحها. وبالفعل تستعيد المادة L. 708، لكي توسع حقل تطبيقها، المادة 5 من قانون 7 ـ 13 آب 1851[2]. كانت المستشفيات والمآوي في تلك الحقبة مخصصة للأشخاص المحتاجين، ويمكن التفكير في أن منح دعوى مباشرة كان هدفه تلطيف غياب نظام تأمين اجتماعي بتعزيز التضامن العائلي[3].

غير أن نظامها نادراً ما كان صريحاً إلى درجة أنه حث محكمة النقض على اقتراح تعديل للمادة L.708[4].

II ـ الاقتباس التقني

809 ـ إن دعاوى كهذه متحدرة من قوانين حديثة نسبياً مقتبسة عن إوالية الدعوى المباشرة بدون أن تتوافق مع تسويغها. وإذا كانت مقبولة مع ذلك فبسبب التخلي عن دراستها لصالح تحديد الأساس القانوني للدعوى وحسب[5].

810 ـ دعوى المستشفيات ضد هيئات الضمان الاجتماعي.

تنص المادة L.288 من قانون الضمان الاجتماعي (المادة 25 من الأمر الاشتراعي بتاريخ 19 تشرين الأول 1945) على أن «حصة (تأمين المرض) تضمنها الصناديق وتسدد للمضمون. بيد أنه يمكن تسديدها مباشرة للمؤسسة التي جرت العناية فيها. ولا يمكن، في أي حال، أن تتجاوز مبلغ النفقات المطالب بها».

وكانت لمحكمة النقض، في صدد المسألة المتعلقة بتقادم الدعوى (مرور الزمن عليها)، مناسبة للحكم على طبيعتها القانونية. وقد رفضت الغرفة المدنية الثانية، في زمن أول، أن تطبق على المؤسسة الاستشفائية التقادم لسنتين الذي بإمكان هيئة الضمان الاجتماعي الاحتجاج به في وجه الخاضع لهذا الضمان (المادة L.395 من قانون الضمان الاجتماعي) إذ إن المادة L.288 «أنشأت، بدون إقامة حلول (. . .)، دعوى خاصة، متميزة

---

(1) انظر حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 24 آذار 1958، مصنف الاجتهادات الدوري، 1958، IV، صفحة 70 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 18 كانون الأول 1962، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، IV، صفحة 9 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 21 شباط 1963، مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13169، ملاحظة J.A؛ Dalloz 1963، صفحة 386.

(2) Dalloz 1851، IV، صفحة 154.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 56 وما يليه.

(4) انظر تقرير محكمة النقض، 1990، صفحة 26، و 1989، صفحة 244 وما يليها.

(5) انظر الرقم 726 السابق.

عن تلك العائدة للمضمون الاجتماعي»[1]. ثم عادت الغرفة الاجتماعية بعد ذلك عن هذا التحليل ورأت أن دعوى المؤسسة الاستشفائية كانت تتعلق بالحلول[2].

ويبدو، مع الأخذ في الحسبان الطابع العرافي للنص، انه ينبغي تفضيل هذا التحليل، إذ لا تتوافق الدعوى الممنوحة للمؤسسة الاستشفائية مع أي تسويغ تقليدي للدعاوى المباشرة.

811 ـ الدعوى المباشرة للدائنين بالنفقة.

ينص قانون 2 كانون الثاني 1973، المعدل بقانون 11 تموز 1975 المتعلق بإصلاح الطلاق، صراحة على إجراء سمي إجراء الإيفاء المباشر لصالح الدائنين بالنفقة[3].

والعمل بهذا الإجراء خاضع لعدد من الشروط: 1 ـ لا يمكن أن يكون الدين برسم التحصيل مؤلفاً إلاّ من مبلغ من العملة، 2 ـ يجب أن يكون معين المقدار ومستحقاً، 3 ـ ينبغي أن يكون له طابع نفقة أو، منذ إصلاح الطلاق، من تقديم تعويضي[4]، 4 ـ يقتضي أن يكون موجوداً بين يدي الغير، 5 ـ يجب أن تكون النفقة قد أعطيت بحكم قضائي أصبح نافذاً، باستثناء النفقة المعطاة خلال دعوى الطلاق التي يكفي فيها أمر قاضي التوفيق، من الضروري أن لا يكون على الأقل ثمة استحقاق لم تتم مراعاته أو أن يكون الإجراء قد وافق المدين عليه.

وعند اجتماع هذه الشروط يكفي، من حيث المبدأ، أن يبلغ المباشر المختص الغير المدين طلب الإيفاء المباشر. وما أن يتلقى الغير هذا التبليغ حتى يصبح الغير ملزماً شخصياً بأن يدفع للدائن مبلغ دين المدين الوسيط تدريجياً كلما أصبح المدين مستحقاً[5].

وقد حكمت محكمة النقض «بأنه ينتج عن المادتين الأولى والثانية من قانون 2 كانون الثاني 1973 أن الدائن بالنفقة يحوز دعوى مباشرة ضد الغير المدين بمبالغ معينة المقدار

---

(1) 24 آذار 1958، النشرة المدنية، II، رقم 232، صفحة 155 ـ 21 شباط 1962، النشرة المدنية، II، رقم 210، صفحة 147 ـ 4 آذار 1965، النشرة المدنية، II، رقم 233، صفحة 163.

(2) 13 آذار 1975، النشرة المدنية، V، رقم 150، صفحة 132 ـ 12 حزيران 1980، النشرة المدنية، V، رقم 528، صفحة 397 ـ 27 نيسان 1982، النشرة المدنية V، رقم 265، صفحة 196. قارن بحكم الغرفة التجارية، 17 تشرين الثاني 1987، النشرة المدنية IV، رقم 242، صفحة 180، الذي أخذ بأن المادة L.395 لا تطبق على نزاع يتعلق بكيفية تحصيل الدين وليس بوجوده.

(3) انـــظـــر J. MASSIP et F. BARRAIRON, La loi du 2 janvier 1973 relative au paiement direct des penseion alimentairess، فهرس Defrénois 1973، البند 30323، صفحة 545 وما يليها ـ M-J. GEBLER, paiement direct des pensions alimentaires، Dalloz 1973، صفحة 107 وما يليها ـ J. SOULARD, Le recouvrement des pensions alimentaires، مجلة المباشرين، 1973، صفحة 291 وما يليها.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 21 نيسان 1983، Dalloz 1983، صفحة 73، تعليق J. PRÉVAULT.

(5) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 21 نيسان 1983، المذكور سابقاً ـ 9 أيار 1980، فهرس Defrénois، 1981، البند 32614، صفحة 526، تعليق J. MASSIP. والإجراء مطبق على الآجال التي ستستحق وكذلك على الآجال المستحقة للأشهر الستة الأخيرة السابقة لتبليغ طلب الإيفاء.

ومستحقة ضد الشخص الملزم بدفع النفقة» لتستنتج من ذلك أن «ادعاء هذا الدائن مقبول ولو كان المدين بالنفقة خاضعاً لإجراء جماعي»[1].

والإجراء، في هذه الحال، المسمى إجراء دفع مباشر للنفقة، ينشىء دعوى مباشرة غير تامة عندما لا يكون الدين مجمداً بين الغير إلاّ في آونة تبليغه. وعليه أخذت محكمة النقض بصواب بأن الغير بإمكانه الاحتجاج في وجه الدائن الملاحق بواقع أن المبالغ التي كان مديناً بها، في آونة ممارسة الدعوى، تجاه المدين بالنفقة، جري التنازل عنها للغير وكانت موضوع حجوزات صحيحة لدى الغير أو موضوع إخطار الغير الحائز[2]. إن الأمر يتعلق هنا، بالتأكيد، بثغرة في القانون؛ غير أن القليل من النزاعات المتعلقة بهذا الإجراء يتيح الافتراض أن معظم الدعاوى المقامة مصيرها النجاح.

812 ـ دعوى المستخدِم المباشرة لتسديد الأعباء المختصة بأرباب المهن.

في حين أن المادة 30 من قانون 5 تموز 1985 وضعت نهاية للجدل المتعلق بالطبيعة القانونية للدعاوى التي تمارسها صناديق الضمان الاجتماعي بإعطائها طابعاً حلولياً[3]، لم يعط هذا الطابع للدعوى التي يمارسها المستخدمون الذين «المقبولين يلاحقوا مباشرة المسؤول عن الأضرار أو مؤمِّنه لتسديد أعباء أرباب المهن المتعلقة بالمكافآت المحتفظ بها أو المدفوعة للضحية خلال فترة لاقابلية تصرف هذه الضحية».

ويتعذر الافتراض، في غياب تحديد دقيق وباعتبار أن الطابع الحلولي للدعوى مستبعد بداهة، أن دعوى المستخدِم تقارن بدعوى مباشرة يجب أن تكون لها طابعها.

---

(1) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 158، صفحة 133؛ Dalloz 1987، صفحة 192، تعليق S. MASSIP.

(2) حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 24 حزيران 1987، Dalloz 1988، صفحة 357، تعليق P. ANCEL وM. C. RONDEAU - RIVIER.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 130 وما يليه.

القسم 3

نظام الدعوى المباشرة العام

813 ـ النزاع بين حق خاص وحق متفرع (أو مشتق).

من الصعب بديهياً تحديد نظام عام لممارسة الدعوى المباشرة عندما تكون مظاهرها عديدة في القانون الوضعي ونادراً ما يظهر تنوعها مشجعاً التركيب.

إن تحديد المبادىء العامة للممارسة، مع مراعاة تطبيق هذا النظام الخاص أو ذاك، يبدو مع ذلك مأمولاً لمحاولة تجاوز العديد من الثغرات التشريعية. وهو ممكن، فضلاً عن ذلك، لأن بعض الثوابت يظهر أيّاً كانت الطبيعة الخاصة لمختلف فئات الدعاوى المباشرة، سواء أكانت للإيفاء أو الضمان أو المسؤولية من القانون العام.

ويبدو بالفعل أن الدعاوى المباشرة جميعاً توفق بين ممارسة حق خاص معطى لحائزيها أو حق متفرع عن علاقة الموجب الذي يوحدهما بالمدينين الوسطاء ولا سيما الرباط الموجود بين هؤلاء المدينين الوسطاء والمدينين الفرعيين.

وهكذا حكمت محكمة النقض في عام 1931 بأن سقوط الحق الوارد في عقد التأمين كان غير محتج به ضد الضحية ببيان أن المشترع «أنشأ لصالح الشخص المغبون بحادث حقاً خاصاً على التعويض الذي، استناداً إلى عقد التأمين، يلزم به المؤمِّن تجاه المؤمَّن (. . .)»[1]، إلاّ أنها أعطت، في عام 1991، لصالح صاحب العمل المستقل، «دعوى عقدية مباشرة كانت مبنية على عقد البيع المبرم بين هذا الصانع والبائع الوسيط»[2].

ويسوس هذا التوفيق مجمل نظام الدعوى المباشرة، حتى ولو كانت ممارسه حق خاص تنزع إلى التغلب على ممارسة حق متفرع عندما تنزع الدعوى المباشرة إلى تكوين نفع لصالح

---

(1) النقض المدني، 15 حزيران 1931، المجلة العامة للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD؛ S.1932، 1، صفحة 169، تعليق P. ESMEIN.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148، قارن بحكم الغرفة المدنية الأولى، 4 شباط 1963، النشرة المدنية، I، رقم 77، صفحة 69.

حائزها وكذلك عندما تنزع إلى إقامة علاقة مباشرة ومستقلة بين هذا الحائز والمدين الفرعي[1].

وهذا التوفيق موجود في دراسة المراحل الثلاث التي تنظم زمنياً نظام الدعوى: الشروط المسبقة والبدء بالعمل والنتائج.

الفقرة 1 ـ الشروط المسبقة

814 ـ ينبغي، لبدء العمل بشكل مفيد، أن تتجاوب الدعوى المباشرة مع عدد معين من الشروط المسبقة تعود إلى الأشخاص حائزي الدعوى (وجود دينه وطابعه)، والمدين الوسيط (إمكانية تخلفه عن الحضور) والمدين الفرعي (وجود الدين عليه وطبيعته).

I ـ دين حائز الدعوى

815 ـ وجود الدين (له).

من المقبول عموماً، في ما يختص بالدعاوى المباشرة للإيفاء، ان حائزيها يجب أن يكونوا دائني مدينيهم الخاصين. وهكذا تتبع الدعوى المباشرة مصير الدين الذي تضمن إيفاءه عندما تشكل تابعه. وسقوطه يؤدي هكذا إلى سقوط الدعوى المباشرة[2].

وهذا النظام لا يتوافق إلاّ جزئياً مع القانون الوضعي، والاجتهاد يمنح الدعوى التي يمارسها الدائن استقلالية معينة بالنسبة إلى العقد الذي يربطه بمدينه المباشر.

وهكذا حكمت محكمة النقض، في مادة تأمين المسؤولية، بأن بنداً تحديدياً للمسؤولية التي يمكن للمؤمِّن أن يحتج به ضد الضحية لا يمكن أن يحتج به المؤمِّن ما دام أن الضحية تقاضيه مباشرة[3].

كما حكمت محكمة النقض بأن الدائن يستطيع إقامة دعوى مباشرة للإيفاء[4] أو للمسؤولية[5]، في حين أن دينه تجاه المدين الوسيط قد سقط بسبب عدم المطالبة به في المهل المطلوبة.

وقد قبل اجتهاد قديم، في مادة الإيجار، أن المؤجر، حتى ولو أعفى المستأجر من مسؤوليته في حالة الحريق، بإمكانه، كما المؤمِّن، إقامة دعوى مباشرة ضد المستأجر من

---

(1) انظر حول مجمل المسألة Ch. JAMIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 335 وما يليه.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 322 وما يليه.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334.

(4) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض 7 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

الباطن[1]. وهذا الحل يجب أن يطبق على الدعاوى المباشرة للضمان وللمسؤولية من القانون العام. وبالفعل كانتا جائزتين من أجل تجنب سيئة تنشأ عن بند حاصر للضمان لصالح البائع الوسيط كان يمنع الخلف إقامة دعوى غير مباشرة (oblique)[2].

816 ـ خاصيات الدين (له).

يجب على حائز الدعوى المباشرة للإيفاء، عندما يطالب بالإيفاء، من حيث المبدأ، أن يثبت أن دينه أكيد ومستحق.

بيد أنه يمكن، بالنظر إلى ضرورة حماية الدائن حائز دعوى مباشرة غير تامة، ودينه ليس مجمداً منذ نشأته، وأخذاً في الحسبان واقع أن المفاعيل الأولى للدعوى هي احتياطية وحسب، إظهار الفروق الدقيقة لشرط استحقاق الدين لكي لا يقبل وجوده إلاّ في آونة إنتاج الدعوى مفاعيلها الناقلة.

وهذا ما يبدو أن محكمة النقض قد أخذت به إذ حكمت، في غياب نص قانوني معاكس، بأن المادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975 المتعلق بالمقاولة من الباطن «لا تفرض أن تكون المبالغ التي يطلب إلى المقاول دفعها مستحقة بتاريخ الإنذار»[3]. والحال أن المقاول من الباطن يحوز دعوى مباشرة ما أن يتلقى صاحب العمل المستقل، والمتعهد الأصلي متخلف عن الحضور، نسخة عن هذا الإنذار، مما يحمل على الاعتقاد أن هذا الشرط يطبق أيضاً على طلب الإيفاء من قبل صاحب العمل المستقل.

إن الأسباب المماثلة هي التي حثت فقهاً أكثرياً استوحى الحلول المقبولة في مادة تأمين المسؤولية[4] على أن لا يفرض من حيث المبدأ[5] إثبات طابع صفة الدين المعين المقدار في آونة إقامة الدعوى[6].

817 ـ تطرح المسألة في تعابير مختلفة جذرياً في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للضمان وللمسؤولية. ويكفي، في حالة القانون الوضعي، أن يكون أحدهم مالكاً الشيء ليحوز دعوى مباشرة محتملة ضد المدين الفرعي. ويعود عندئذ للقاضي، من حيث المبدأ، تحديد ماذا كان من الممكن الأخذ بمسؤولية المدين الفرعي أو بضمانه.

---

(1) انظر حكم محكمة استئناف باريس، 16 آب 1872، S.72، 2، صفحة 196 ـ حكم محكمة استئناف اميان، 4 نيسان 1883، S.83، 1، صفحة 178.

(2) انظر الرقم 721 السابق.

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 13 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، III، رقم 259، صفحة 197.

(4) انظر على سبيل المثال حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 245.

(5) انظر مع ذلك المادة الأولى من قانون 2 كانون الثاني 1973 المتعلق بإيفاء النفقة المباشر.

(6) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 337 وما يليه ـ B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 57.

II ـ وضع المدين الوسيط

818 ـ المسألة المطروحة هي مسألة تخلف المدين الوسيط عن الحضور: هل هو مفروض لقبولية الدعوى المباشرة؟ إن حلول القانون الوضعي متناقضة.

يخضع منح دعوى مباشرة لصالح المقاول من الباطن لصفقات أشغال خاصة على أساس قانون 31 كانون الأول 1975 لضرورة تخلف المقاول الأصلي عن الحضور (المادة 12). والتثبت من تخلف المدين عن الحضور يشكل أحد شروط العمل بإجراء الإيفاء المباشر للنفقة الذي ينظمه قانون 2 كانون الثاني 1973 (المادة الأولى، الفقرة 2)، ويجيز اجتهاد تقليدي للمؤجر الإفادة من المادة 1753 من القانون المدني شرط أن يكون المستأجر معسراً[1]. وبالمقابل ليس تخلف المدين الوسيط عن الحضور مفروضاً في ما يتعلق بالدعوى المباشرة للمقاولين من الباطن في مادة صفقات الأشغال العامة (قانون 31 كانون الأول 1975، المادة 6)؛ وليس مفروضاً أيضاً في ما يختص بدعوى الوكيل المستبدل المباشرة ضد الموكل[2]، ولا مجال لذلك على الإطلاق بالنسبة إلى الدعوى المباشرة للضحية في مادة تأمين المسؤولية.

وعندما تشكل الدعوى المباشرة ضمان إيفاء لصالح حائزها تتيح له الدعوى التي يمارسها مع الدعوى التي يحوزها ضد مدينه الخاص الحصول على إدانة هذا المدين بالتضامن مع المدين الفرعي[3]، وليس ثمة ما يدعو، عدا الاستثناء، إلى فرض أن يكون المدين الوسيط متخلفاً عن الحضور. والحل ينبغي أن يكون صالحاً بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة للإيفاء وللمسؤولية.

III ـ دين المدين الفرعي (عليه)

819 ـ مدى خاصيات الدين (عليه).

المدين الفرعي، كما بيّن بصواب السيد Cozian في صدد الدعاوى المباشرة للإيفاء، ليس ملزماً كما يمكن أن يكون كذلك المسؤول تجاه الغير أو الكفيل؛ إنه ملزم بصفة «غير حائز» ولأنه مدين دائنه وحسب[4]. وتنجم عن ذلك نتائج مهمة.

ليس المدين الفرعي أولاً ملزماً تجاه حائز الدعوى المباشرة إلاّ بما يعادل ما يزال

---

(1) انظر النقض المدني، 2 تموز 1873، S.73، 1، صفحة 223، Dalloz 73 الدوري، 1، صفحة 412.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى، 27 كانون الأول 1960، النشرة المدنية، I، رقم 573، صفحة 466؛ Dalloz 1961، صفحة 491، تعليق J. BIGOT؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1961، صفحة 700 تعليق G. CORNU.

(3) انظر Ch. JAMIN الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 412، صفحة 361 والإسنادات المستشهد بها. انظر مع ذلك الضمان التضامني الذي تنظمه المادة 1792 ـ 4 من القانون المدني في مادة البناء.

(4) انظر M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 344، صفحة 210.

متوجباً عليه لدائنه الخاص، في آونة دين المدين (دعاوى مباشرة تامة) أو آونة ممارسة الدعوى (دعاوى مباشرة غير تامة). والدائن، بتعبير آخر، لا يستطيع مبدئياً(1) أن يفرض على المدين الفرعي أكثر مما يمكن أن يطالبه به المدين الوسيط(2).

وبالمقابل لا أهمية تذكر، من حيث المبدأ، باعتبار المفاعيل الأولى للدعوى المباشرة احتياطية وحسب، لأن يكون دين المدين الفرعي تجاه المدين الوسيط أكيداً ومستحقاً(3). ويتيح ذلك تعزيزاً لا جدال فيه لفعالية الدعاوى المباشرة للإيفاء(4)، وعلى الأخص عندما تكون غير تامة. يمكن إذاً إبداء الأسف لعدم الأخذ بحل كهذا في ما يتعلق بالإجراء المسمى إجراء الإيفاء المباشر للنفقة(5).

ولا حجية سقوط دين المدين الفرعي تجاه الحائز الوسيط أخيراً تتوقف على طبيعة الدعوى المباشرة وعلى الآونة التي يسري فيها هذا السقوط. إن جميع أسباب سقوط الدين اللاحق لإقامة الدعوى، في ما يختص بالدعاوى المباشرة غير التامة، لا يحتج بها ضد الدائن ذلك بأن هذا الدين مجمد منذ تلك اللحظة في ذمة المدين الفرعي المالية. ودين المدين الفرعي، منذ نشأة دين حائز الدعوى، يجمد في ذمته المالية لصالح الدائن. فأسباب سقوط دين المدين الفرعي تكون محتجاً بها ضد الدائن منذ تكوين دينه(6).

---

(1) انظر المسؤولية: المفاعيل، رقم 428، صفحة 554: حكمان (حكم الغرفة التجارية، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334 وحكم الهيئة العامة بكامل أعضائها، 3 كانون الثاني 1983، نشرة الهيئة العامة، رقم 6، صفحة 10) يعترفان للمستفيدين من الدعوى المباشرة بحق الحصول من تأمين على تعويض يفوق ما يمكن أن يطالب به المؤمَّن نفسه.

(2) انظر النقض المدني، 6 أيار 1935، Dalloz 1935، صفحة 332؛ S.1935، 1، صفحة 244 (إجارة من الباطن) ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 15 حزيران 1964، المجلة العامة للتأمين البري، 1965، صفحة 58، تعليق .A.B (تأمين المسؤولية). وكذلك في مادة المقاولة من الباطن، حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة II,G، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX ـ حكم الغرفة المختلطة في محكمة النقض، 18 حزيران 1982، الطبعة II،G، 19858، طلبات SADON، ملاحظة G. FLÉCHEUX؛ Dalloz 1983، صفحة 221، تعليق A. BÉNABENT.

(3) B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 66 ـ انظر في مادة الإيجار من الباطن: النقض المدني، 2 تموز 1873، المذكور آنفاً؛ وفي صدد إخطار الغير: حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 17 كانون الأول 1973، مصنف الاجتهادات الدوري، 1974، الطبعة G، IV، 46.

(4) ليست هذه المبادىء قابلة للنقل إلى الدعاوى المباشرة للضمان وللمسؤولية. وعندما يعود طبيعياً إلى القاضي تحديد المسؤولية ومداها أو الضمان المتوجب على المدين الفرعي، يمكن أن تمارس الدعوى المباشرة بالطبع في حين أن دين هذا المدين الفرعي ليس أكيداً ولا معين المقدار ولا مستحقاً.

(5) انظر المادة الأولى من قانون 2 كانون الثاني 1973 التي تنص على أن الدعوى المباشرة ليست ممكنة إلا عندما يكون الغير «مديناً بمبلغ معين المقدار ومستحقاً تجاه المدين بالنفقة».

(6) حول صعوبات العمل بهذه المبادىء تبعاً لمختلف أسباب سقوط الدين، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 346 وما يليه. وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 385 وما يليه.

820 ـ طبيعة الدين (عليه).

في حين أن الدعاوى المباشرة للإيفاء لا يمكن أن تتناول إلاّ دين مبلغ من العملة، ليست الحال هكذا في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للمسؤولية وللضمان[1].

وقد جرى التساؤل على وجه الخصوص حول نقطة معرفة ما إذا كان بإمكان الدائن أن يقاضي مباشرة المدين الفرعي للمسؤولية العقدية بأن يأخذ عليه انتهاك موجبه في الاستعلام[2]. ويبدو أن الاجتهاد الحاصر الذي أقامته الهيئة العامة بكامل أعضائها في 12 تموز 1991 نادراً ما يسمح بذلك[3] إلاّ أن يعتبر موجب الاستعلام مكوّناً تابع الشيء المباع الذي، بانتقاله معه، له طبيعة عقدية بالضرورة[4].

821 ـ إثبات الدين (عليه).

إن القانون العام للمادة 1315 من القانون المدني هو، من حيث المبدأ، مطبق. على أن العمل به يمكن أن يشكل صعوبات عندما لا يستطيع حائز الدعوى، غير المرتبط عقدياً بالمدين الفرعي، الاحتفاظ ببيّنة سبق تكوينها.

وقد قبلت محاكم أساس عديدة، باعتبار أن إقامة الإثبات صعبة أحياناً، في مادة تأمين المسؤولية، ان بإمكان القاضي أن يأمر المؤمّن بتقديم وثيقة التأمين التي تربطه بالمسؤول[5]. وأكثر من ذلك حكمت محكمة النقض، استناداً إلى المادة 1315 من القانون المدني، «بأنه يقع على عاتق شركة تأمين فاعل الضرر تقديم البيّنة على تحديدات الضمان الذي تتوخى الاحتجاج بها في وجه الضحية أو سقوطه»[6]. كما أخذت، في مادة الحادث البحري، بأن

---

(1) انظر حول إمكانية ممارسة دعوى الفسخ لعيب خفي الرقم 794 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 31 كانون الثاني 1973، النشرة المدنية، I، رقم 40، صفحة 36؛ ـ D. N'GUYEN - BOURGEAIS et J. REVEL, La responsabilité du fabricant en cas de violation de l'obligation de renseigner le consommateur sur les dangers de la chose vendue، مصنف الاجتهادات الدوري، الطبعة G، I، 2679، ولا سيما رقم 14 وما يليه. وكذلك حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 23 نيسان 1985، Dalloz 1985، صفحة 558، تعليق S.DION ـ حكم محكمة استئناف روان، 14 شباط 1979، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة G، II، 19360، ملاحظة P. BOINOT.

(3) المذكور سابقاً.

(4) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 396 وما يليه.

(5) حكم محكمة استئناف Rennes، 14 كانون الثاني 1928، المجلة الفصلية للقانون المدني، 1928، صفحة 898، رقم 3، ملاحظة R. DEMOGUE ـ حكم محكمة استئناف باريس، 26 كانون الأول 1929، Dalloz 1930، 2، صفحة 1، تعليق L. JOSSERAND؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1930، صفحة 337، تعليق M. PICARD.

(6) انظر النقض المدني، 3 كانون الأول 1963، مصنف الاجتهادات الدوري،، 1964، الطبعة G، II، 13489، طلبات R. LINDON؛ Dalloz 1964، صفحة 409، تعليق A. BESSON؛ المجلة الفصلية للقانون المدني، 1964، صفحة 570، ملاحظة A. TINC ـ 24 حزيران 1970، النشرة المدنية، I، رقم 222، صفحة 179.

شركة التأمين التي «لم تقدم إثبات اجتماع الشروط الواقعية لاستبعاد الضمان الذي يقع على عاتقه والذي تتمسك به، كانت ملزمة تجاه الضحية[1].

الفقرة 2 ـ الإعمال

822 ـ الخاصيتان الاختيارية والجمعية للدعوى المباشرة.

لا يمنع منح الدعوى المباشرة الذي لا يتناول التجديد حائزها من مقاضاة مدينه المباشر. ويحوز الدائن، عن طريق الدعوى المباشرة، مديناً إضافياً وحسب وبإمكانه بالتالي العدول عن مقاضاة مدينه المباشر بدون أن يحرم من أجل ذلك من الإفادة من الدعوى المباشرة[2]. وفي وسعه أيضاً تفضيل مقاضاة المدين الوسيط وحسب[3]. وأخيراً تقبل دعواه ضد هذا أو ذاك[4] ضمن حدود منع إيفاء مزدوج يوفر له إثراء غير عادل.

على أنه من المناسب، أيّاً كانت الحالة المعتمدة، بيان أن الدعوى المباشرة المقامة على شخص المدين الفرعي، في مرحلتها غير القضائية وفي مرحلتها القضائية، لا يمكن أن تتخلص كلياً من دعوى المدين الوسيط.

I ـ المرحلة غير القضائية

823 ـ غياب ضرورة إنذار المدين الوسيط.

ليس على الدائن مبدئياً أن ينذر مدينه. وهذه القاعدة السارية في الدعوى غير المباشرة يجب بالأحرى أن تطبق في الدعوى المباشرة[5]. يضاف إلى ذلك أنها تتيح وحدها ضمان فعالية الإوالية وبصورة أخص عندما يتعلق الأمر بدعوى مباشرة غير تامة لا تؤدي إلى تجميد الدين إلاّ من آونة ممارستها. وبالفعل يترك الدائن الذي عليه موجب إنذار المدين لهذا الأخير

---

(1) حكم الغرفة التجارية، 7 كانون الأول 1982، النشرة المدنية، IV، رقم 400، صفحة 334.

(2) حكم الغرفة المدنية الأولى، 26 أيار 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 186، صفحة 127 ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 17 كانون الأول 1986، Dalloz 1987، صفحة 12 من التقرير ـ حكم الغرفة المدنية الأولى، 20 تموز 1988، النشرة المدنية، I، رقم 254، صفحة 176. وكذلك حكم الغرفة التجارية، 19 آذار 1991 النشرة المدنية، IV، رقم 102، صفحة 71، الذي أخذ بأن «إهمال الوكيل المستبدل في المطالبة بمبلغ مصاريفه وتسليفاته ليس من شأنه أن يحرمه من الدعوى المباشرة التي له الحق في إقامتها ضد الموكل».

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 أيار 1987، النشرة المدنية I، رقم 146، صفحة 114 (تأمينات) ـ حكم الغرفة المدنية الثالثة، 16 تشرين الثاني 1988، النشرة المدنية، III، رقم 164، صفحة 89 (مبيعات متعاقبة). وباعتبار الدعوى المباشرة منفعة أنشئت لصالح الدائن خارج أي إرادة يجب أن يكون العدول عن حق التمسك بالدعوى المباشرة محظّراً.

(4) انظر في مادة المقاولة من الباطن حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 15 كانون الثاني 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 20، صفحة 12 ـ حكم الغرفة التجارية، 10 أيار 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 131، صفحة 77؛ Dalloz 1992، صفحة 115 من الموجز، ملاحظة A. BÉNABENT.

(5) B. STARCK، الفهرس المدني، موسوعة Dalloz، V، الدعوى المباشرة، رقم 59.

الوقت لإفراغ ذمة المدين الفرعي المالية من دينه الخاص.

بيد أنه لا مناص من البيان أن النصوص الأحدث تفرض إنذاراً كهذا. وهكذا على الدائن تقديم البيّنة على تخلف مدينه عن الحضور كما هي الحال في ما يتعلق بالمقاولة من الباطن لصفقات الأشغال الخاصة[1]. وفي شأن إخطار الغير فرضت محكمة النقض اليوم على الخزينة تبليغ المدين ممارستها تحت طائلة بطلان الإجراء[2]. غير أن الأمر لا يتعلق بتدبير إعلام لا يمكن أن يماثل بالإنذار.

824 ـ اعتراض ضروري بين يدي المدين الفرعي

على الدائن إخطار المدين الفرعي بإرادته مقاضاته مباشرة. وهذا الإخطار يرتدي أهمية أكبر في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة غير التامة، لأنه اعتباراً من هذه الآونة يجمد دين الدائن حائز الدعوى بين يدي المدين الفرعي.

إن مجرد اعتراض يكفي. فمحكمة النقض لا تخضعه لأي شكلية: يكفي أن يكون صريحاً[3]. ويمكن أن يكون شفهياً صرفاً مع مراعاة ضرورة احتفاظ الدائن بوسيلة إثبات[4].

وقد ورد في بعض النصوص الشكل الذي يجب أن يتخذه التبليغ. فالدعوى المباشرة لإيفاء النفقة[5] ينبغي أن «تقدم عن طريق المباشر القضائي» (المادة 6 من قانون 2 كانون الثاني 1973). والدعوى المباشرة التي يمارسها المقاول من الباطن تفرض أن يتلقى صاحب العمل المستقل نسخة عن الإنذار الموجه إلى المقاول الأصلي (المادة 13، الفقرة 2، من قانون 31 كانون الأول 1975).

II ـ المرحلة القضائية

825 ـ يستطيع المدين الفرعي الذي أعلمه الدائن بإرادته في مقاضاته[6] للإيفاء أن يرفض الرضوخ لذلك، فتبدأ عندئذ المرحلة القضائية. وتطرح عدة أسئلة مشتركة بين

---

(1) انظر الرقم 788 السابق والمادة 12 من قانون 31 كانون الأول 1975.

(2) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1993، النشرة المدنية، IV، رقم 251، صفحة 178 ـ 13 تشرين الثاني 1973، النشرة المدنية، III، رقم 326، صفحة 291.

(3) انظر في مادة إخطار الغير الحائز، النقض المدني، 23 حزيران 1915، Dalloz 1921، I، صفحة 117؛ S.192، 1، صفحة 57، تعليق B. NAQUET ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 6 حزيران 1952، مصنف الاجتهادات الدوري، 1952، IV، صفحة 113 ـ حكم الغرفة المدنية الثانية في محكمة النقض، 9 كانون الأول 1959، مصنف الاجتهادات الدوري، 1960، IV، صفحة 10 ـ وفي ما يتعلق بالدائنين المرتهنين العقاريين وأصحاب الامتياز، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 12 تشرين الأول 1955، Dalloz 1956، صفحة 195؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1956، صفحة 144.

(4) انظر R. DEMOGUE, Traité des obligations en général، الجزء VII، رقم 993 ورقم 1009.

(5) انظر الرقم 811 السابق.

(6) انظر الرقم 824 السابق.

الدعوى المباشرة للإيفاء والدعوى المباشرة للمسؤولية: هل يجب على الدائن أن يختصم المدين الوسيط؟ وهل ينبغي أن يقدم الإثبات إلى ممثل الدائنين إذا كان موضوع إجراء جماعي؟ أمام أي قضاء عليه أخيراً دعوة المدين الفرعي إلى الحضور؟

أ ـ اختصام المدين الوسيط

826 ـ تفرض ممارسة الدعاوى المباشرة اختصام المدين الوسيط.

أثارت المسألة جدالاً عنيفاً في مادة تأمين المسؤولية[1]. فقد أصبحت ممارسة الدعوى المباشرة من قبل الضحية تفرض مبدئياً اختصام المؤمَّن ما دام أن مسؤوليته لم تثبت مسبقاً ومبلغ دينه لم يحدد[2]. وهدف هذا التطلب تحديد الطابع الأكيد والمعين المقدار لدين حائز الدعوى. وهذا التطلب يجب أن يطبق على الدعاوى المباشرة للإيفاء جميعاً. وبالفعل لا يمكن الافتراض أن الدائن بإمكانه الحصول على إيفاء دين ليس له على الأقل هذا الطابع. وإذا لم يكن الأمر كذلك فعليه أن يثبت مواجهةً مدى حقه تجاه مدينه بطلب اختصامه[3].

إن قصدية الاختصام تؤدي إلى نتائج عديدة.

فالدائن، أولاً، ليس ملزماً باختصام مدينه إذا كان يملك سنداً تنفيذياً[4].

ثم إنه يمكن التساؤل، عندما يكون المدين موضوع إجراء جماعي بين يدي ممثل الدائنين، حول نقطة معرفة ما إذا كان الدائن عليه أن يقدم الإثبات إلى ممثل الدائنين. وقد أخذت الغرفة المختلطة، عندما طرحت المسألة في مادة تأمين المسؤولية، بصواب بأنه كان ينبغي التفريق بين مسألة تحديد المسؤولية ومسألة الإدانة النقدية التي يمكن أن تنتج احتمالياً عنها. واستنتجت من ذلك أنه يجب بالضرورة اختصام المدين الوسيط كي يجري الحكم في

---

(1) انظر حول عرضه Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 108، صفحة 79 وما يليها.

(2) اجتهاد مستقر منذ النقض المدني في 13 كانون الأول 1938 (ثلاثة أحكام)، Dalloz 1939، صفحة 33، تعليق M. PICARD. وهذا التطلب مستبعد عندما يكون الاختصام مستحيلاً (انظر حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 13 تشرين الثاني 1991، النشرة المدنية، I، رقم 309، صفحة 202) لأسباب واقعية (انظر النقض المدني، 28 حزيران 1939، المجلة العامة للتأمين البري، 1939، صفحة 509، A. BESSON ـ حكم محكمة استئناف إيكس ـ آن ـ بروفانس، 6 حزيران 1955، مصنف الاجتهادات الدوري، 1950، 5736، ملاحظة R. RODIÈRE) أو قانونية (حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 17 تموز 1965، مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، II، 14488 وJ. BIGOT, La mise en cause de l'assuré par la victime exerçant l'action directe contre l'assureur، مصنف الاجتهادات الدوري، 1966، الطبعة I,G، 1970).

(3) انظر حول مسألة اختصام تلقائي محتمل حكم الغرفة المدنية الثانية، 11 شباط 1966، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، الطبعة II,G، 14966، تعليق R. MEURISSE، وكذلك J. NORMAND, Le juge de la litige، منشورات L.G.D.J، 1965، مقدمة R. PERROT، رقم 94 وما يليه.

(4) والأمر على هذا النحو في شأن إخطار الغير الحائز طالما أن الدين الضريبي متبق في سند تنفيذي، وفي صدد إثبات الدفع المباشر للنفقة (المادة الأولى من قانون 2 كانون الثاني 1973).

شأن مسؤوليته، بدون أن تكون الضحية خاضعة لإجراء التحقق من الديون، إلاّ في حالة ادعائها بدين مبلغ من المال ضده[1].

وتطرح مسألة أخيرة عندما يكون من الواجب اختصام المدين الوسيط أمام قضاء إداري. وتمت الإجابة على ذلك في مادة تأمين المسؤولية. ومنذ أن اعترفت محكمة حل الخلافات بأن الدعوى المباشرة التي تقام ضد مؤمِّن شخص عام تشكل منازعة من القانون الخاص[2]، أمرت محكمة النقض بتأجيل الحكم عندما يتعلق الأمر بتعذير مسؤولية شخص عام حتى صدور حكم القضاء الإداري[3]. ثم حددت بعد ذلك أن هذا التأجيل لا يطبق فقط على هذه الفرضية وإنما كذلك على فرضية تحديد مبلغ الدين وحدها[4]. واستخرجت محكمة النقض هنا نتائج اجتهادها: بما أن اختصام المدين الوسيط باعتباره مطلوباً لتحديد طابع الدين المعين المقدار، ينبغي تأجيل الحكم طالما أنه يعود إلى القاضي الإداري البت بالأمر.

827 ـ لا تتطلب ممارسة الدعاوى المباشرة للمسؤولية اختصام المدين الوسيط.

يفرض الاجتهاد اختصام المدين الوسيط لأنه من الضروري تحديد طابع الدين الأكيد والمعين المقدار لحائز الدعوى المباشرة للإيفاء. وبالمقابل، وفي ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للمسؤولية، تتبلور المسائل المتعلقة بالطابع الذي يجب أن يرتديه دين حائز الدعوى في شخص المدين الفرعي. ولا يبدو اختصام المدين الوسيط مطلوباً إذن[5]. وهذا ما حكمت به محكمة النقض في شأن الدعاوى المباشرة لضمان العيوب الخفية في المبيعات المتعاقبة: لا يتوقف نجاحها على اختصام البائع الوسيط[6].

بيد أن هذا الاختصام يبدو مأمولاً عندما يجب أن تؤدي ممارسة الدعوى المباشرة للضمان إلى فسخ سلسلة عقود البيع التي أبرمت على التوالي.

---

(1) 15 حزيران 1979 (حكمان)، Dalloz 1979، صفحة 561، تعليق F. DERRIDA، وملاحظة A. HONORAT؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1979، رقم 364، طلبات TOUBAS، تعليق A. BESSON؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1979، الطبعة II,G، 19197، ملاحظة A. BESSON وJ. BIGOT؛ Y. LAMBERT - FAIVRE, Fondement et portée de la mise en cause d'un assuré en faillitte dans l'action directe exercée par la victimie contre l'assureur du responsable، Dalloz 1979، صفحة 243 من العرض وما يليها. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية IV، رقم 269، صفحة 213 ـ 22 أيلول 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 261.

(2) 5 تموز 1982، مجموعة Lebon، صفحة 459، Dalloz 1983، صفحة 46 من التقرير.

(3) حكم الغرفة المدنية الأولى، 16 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 222.

(4) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 30 تشرين الأول 1984، النشرة المدنية، I، رقم 288، صفحة 245 ـ 6 حزيران 1990، النشرة المدنية، I، رقم 130، صفحة 93.

(5) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 349 وما يليه.

(6) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 7 حزيران 1989، النشرة المدنية، III، رقم 133، صفحة 74.

ب ـ تصريح المدين الوسيط لدى ممثل الدائنين.

828 ـ التصريح لدى ممثل الدائنين غير مفيد.

يتوقف الحل، في عرفنا، على الطبيعة القانونية، المنسوبة إلى الدعوى المباشرة أكثر مما يتوقف على التخصيص الحصري للدين لصالح حائزه. فهذه الدعوى يمكن أن تماثل بمجرد طريق تنفيذ، كحجز التخصيص الذي يتيح للدائن أن يفرض على الغير إيفاء الدين الذي يحوزه تجاه مدينه المباشر. والدعوى المباشرة من القانون العام[1] تنزع، على العكس، قبل كل شيء، إلى إثبات رباط قانوني مباشر ومستقل بين حائز الدعوى والمدين الفرعي. فحائز الدعوى يصبح دائن المدين الفرعي الذي هو مدينه «الحقيقي». إن شخص المدين الوسيط، في هذه الرؤية، يأتي في المستوى الثاني، فهو ليس سوى مناسبة لممارسة الدعوى المباشرة التي تنزع إلى إعمال حق الدائن الخاص ضد المدين الفرعي. والتصريح لدى ممثل دائني المدين الوسيط يبدو إذاً إجبارياً بدرجة أقل.

وقد استبعدت محكمة النقض، استناداً إلى الحق الحاصر الذي تستفيد منه الضحية، ضرورة التصريح في ما يتعلق بالدعوى المباشرة للضحية ضد المؤمِّن[2].

واستخرجت محكمة النقض من ذلك النتيجة المنطقية بالحكم بأن وكيل المشتركين في الملكية كان مخوّلاً أيضاً بأن يقاضي مباشرة مؤمِّن المقاول الخاضع لإجراء جماعي، حتى ولو أن الدين المتوجب عليه كان ساقطاً لعدم إثباته قبل الاستحقاق الصلحي الأخير[3].

ويطبق حل مماثل على المقاولات من الباطن[4] وعلى ديون النفقة[5]. وهو في هذه

---

(1) انظر الرقم 776 السابق وما يليه.

(2) اجتهاد مستقر منذ حكم الغرفة المختلفة في 15 حزيران 1979 (مسألتا الاختصام والإدخال في المطلوبات (الخصوم) مرتبطتان في الغالب) المذكور سابقاً. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 29 تشرين الأول 1979، النشرة المدنية، I، رقم 262، صفحة 208 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 269، صفحة 213 ـ 22 أيلول 1981، النشرة المدنية، IV، رقم 328، صفحة 261 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 تموز 1987، النشرة المدنية IV، رقم 202، صفحة 148 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 18 تموز 1989، النشرة المدنية I، رقم 226، صفحة 151 ـ حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 25 آذار 1991، النشرة المدنية I، رقم 105، صفحة 69؛ تقرير محكمة النقض، 1991، رقم 8، الصفحات 362 إلى 364 ـ 2 شباط 1994، النشرة المدنية، I، رقم 49، صفحة 38. وكذلك حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 تشرين الأول 1990، النشرة المدنية I، رقم 224، صفحة 155 و19 آذار 1991، النشرة المدنية IV، رقم 107، صفحة 75، وقد حكمت بأن إخطار الغير الحائز لا يمكن وقفه بافتتاح إجراء تقويم قضائي عندما يصبح هذا الاخطار نهائياً.

(3) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 2 تموز 1987، النشرة المدنية، IV، رقم 202، صفحة 148.

(4) حكم محكمة استئناف باريس، 27 تشرين الثاني 1990، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة II,G، 21782، تعليق Ph. DUBOIS؛ Dalloz 1992، صفحة 116 من الموجز ملاحظة A. BÉNABENT ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 19 أيار 1980، مصنف الاجتهادات الدوري، 1980، الطبعة II,G، 19440، ملاحظة G. FLÉCHEUX.

(5) حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 تموز 1986، النشرة المدنية، IV، رقم 158، صفحة 133؛ =

الحالة الأخيرة منازع فيه مع ذلك[1]. ولكنه ينتمي إلى طريق تنفيذ فيجب أن يتبع نظامه.

كما يقتضي تطبيق الحل عن طريق المماثلة على الدعاوى المباشرة للمسؤولية عندما تشكل الرباط القانوني عينه بين الدائن والمدين الفرعي.

وقد حكمت محكمة النقض، كما في الدعاوى المباشرة للإيفاء، «بأن الدعوى العقدية المباشرة لصاحب العمل المستقل ضد صانع المواد لا تسقط إذا انقضى، على أساس المادة 41، الفقرة 2، من قانون 13 تموز 1967، دينه على المقاول المسؤول عن الخلل (...)»[2]:

ج ـ الاختصاص القضائي (أو الولاية أو الصلاحية).

829 ـ الاختصاص الإسنادي

النزاعات المتعلقة بإعمال الدعاوى المباشرة للإيفاء أو المسؤولية، بين أشخاص خاصين على وجه العموم، هي مبدئياً من اختصاص المحاكم المدنية أيّاً كانت صفة المدين الوسيط.

وتطبيق هذا المبدإ أكيد في مادة تأمين المسؤولية حتى عندما يكون المؤمَّن شخصاً عمومياً. وهكذا حكمت محكمة حل الخلافات غير مرة بأنه، إذا كانت الدعاوى الموجهة ضد المؤمِّن والمؤمَّن مبنية «على حق الضحية في التعويض عن الضرر الذي أصابها، فإن الدعوى المباشرة لا تلاحق إلاّ تنفيذ موجب المؤمِّن في هذا التعويض الذي هو موجب حق خاص»[3]. والنزاعات المتعلقة بإخطار الغير الحائز هي، بالطريقة عينها، من اختصاص المحاكم العدلية[4]، مع أن النزاعات العائدة إلى الديون الضريبية هي من اختصاص القضاء الإداري.

والأمر يتعلق مبدئياً بالمحاكم المدنية من القانون العام عندما لا يتطرق أيّ نص اليوم إلى المحاكم الاستثنائية.

---

* Dalloz 1987، صفحة 192، تعليق J. MASSIP؛ Dalloz 1988، صفحة 7 من الموجز ملاحظة F. DERRIDA.

(1) انظر الرقم 774 السابق.

(2) حكم الغرفة المدنية في محكمة النقض، 26 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، IV، رقم 298، صفحة 205.

(3) 26 تشرين الثاني 1973 (حكمان) حوليات الاجتهاد في القانون الإداري، 1974، صفحة 207، تعليق F. MODERNE. انظر في الاتجاه عينه حكم محكمة حل الخلافات في 3 آذار 1969، المجلة العامة للتأمين البري، 1969، صفحة 371، طلبات KAHN ـ 6 آذار 1972، مجموعة Lebon، صفحة 945 ـ 5 تموز 1982، المذكور سابقاً ـ 4 آذار 1988، Dalloz - Sirey 1988، صفحة 145 من التقرير.

(4) انظر حكم مجلس الدولة (مجلس شورى الدولة في لبنان) ـ 20 شباط 1939، مجلة قصر العدل، 1939، صفحة 776 ـ حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 27 تشرين الثاني 1963، Dalloz 1964، صفحة 24؛ المجلة الفصلية للقانون التجاري، 1964، صفحة 155 رقم 16، ملاحظة HOUIN.

ويمكن مع ذلك أن تكون المحاكم المدنية الاستثنائية معنية في وضعين. أولاً لا شيء يمنع أن يكون اختصاص محكمة التجارة مقبولاً عندما يكون الفريقان المتخاصمان تاجرين[1]. كما أن إحدى محاكم الاستئناف حكمت بصواب بأن محكمة التجارة كانت مختصة للنظر في إخطار الغير الحائز الصادر عن المصالح الضريبية بين يدي المدين الفرعي، في حين أن المدين الوسيط كان موضوع إجراء جماعي[2]. وبالفعل تنص المادة 174 من مرسوم 27 كانون الأول 1985 التي استعادت قاعدة تقليدية على أن المحكمة المراجعة في إجراء تقويم قضائي «تنظر في كل ما يتعلق بالتقويم أو التصفية القضائيين» وإخطار الغير الحائز (كأي دعوى مباشرة)، إذ ينقص قسماً من موجودات المدين الوسيط (أصوله)، يمارس تأثيراً على سياقها وينبغي أن تطبق عليه قاعدة الجلب هذه.

ثمة حالة، فضلاً عن ذلك، يبدو فيها أن الدعوى المباشرة يمكن أن تمارس أمام محكمة جزائية. فمنذ قانون 8 تموز 1983 الذي توخى تحسين أوضاع الضحايا، أصبح بإمكان المؤمِّن التدخل أمام محكمة الجنح (وأمام محكمة الأحداث). وهدف هذا النص أن يجنّب الضحية إقامة دعوى جديدة أمام القاضي المدني كي ينظر هذا القاضي في الفوائد المدنية تجاه مؤمِّن كان، في ظل النظام القديم، بإمكانه أن يرفض دفع التعويض الذي حدده القضاء الجزائي بسبب لاحجية الحكم الصادر بحقه غيابياً[3]. وهذا الهدف لن يتم التوصل إليه إذا لم يسمح للضحية بأن تقاضي مباشرة المؤمِّن خلال مجرى الدعوى.

830 ـ الاختصاص الإقليمي.

يتوجب على حائز دعوى مباشرة للإيفاء أو للمسؤولية الذي يمارس دعوى شخصية، تطبيقاً للمادة 42 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة، أن يدعو المدين الفرعي إلى الحضور في محل إقامته.

والمسألة اليوم أكثر تعقيداً في مادة تأمين المسؤولية. ومن أجل تجنّب أن يتم الحكم في القسم الأكبر من النزاع في باريس، أي حيث توجد مراكز شركات التأمين، حكمت محكمة النقض تقليدياً بأن على الضحية أن تخضع لأحكام المادة R.I-114 من قانون التأمينات التي تفرض على المؤمِّن دعوة الشركة إلى الحضور إمّا أمام محكمة محل إقامته وإمّا في مكان حدوث الفعل الضار[4]. وقد أخذت محكمة النقض اليوم، إذ عادت إلى قراءة

---

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 389، صفحة 237.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 2 حزيران 1982، Dalloz - Irey, 1982، صفحة 84 من الموجز، ملاحظة A. HONORAT.

(3) المسؤولية: الشروط، رقم 101، صفحة 136.

(4) اجتهاد مستقر منذ النقض المدني في 11 تموز 1932، Dalloz 1932 الاسبوعي، صفحة 425؛ Dalloz 1933 الدوري، 1، صفحة 5، تعليق L. JOSSERAND؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1932، صفحة 782، وكذلك، Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 110، صفحة 82.

حرفية للمادة R.1-114، بأن الضحية تستطيع أيضاً الإفادة من المادة 42 من مدوّنة قانون الإجراء المدني الجديدة[1]. وقد ذهبت محكمة استئناف باريس إلى أبعد من ذلك: رفضت أن تتمتع بأيّ خيار وفرضت عليها مراعاة أحكام القانون العام[2]. وإذا كانت هذه النزعة الجديدة يمكن أن ترتكز بلا جدال على حرفية النصوص فإنها يمكن أن تولّد السيئات عينها (زيادة شديدة للنزاعات في باريس) التي سوّغت الحل السابق.

والحكم الصادر في 17 حزيران 1992 عن محكمة عدل المجموعات الأوروبية[3] يمكن أن تكون له نتائج غير منتظرة في القانون الداخلي. وبالفعل جرى التساؤل عما إذا كانت «المادة العقدية» بمعنى المادة 5 ـ 1 من اتفاقية بروكسل تتوافق مع «المادة العقدية» للمادة 46 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة[4]. وإذا اعتبرنا أن دعوى مكتسب الملكية الثاني المباشرة ليست، بالمعنى الإجرائي، ذات طبيعة عقدية فإن لمكتسب الملكية الثاني أن يختار: إمّا مراجعة قضاء محل إقامة المدعى عليه، وإمّا «قضاء مكان حدوث الفعل الضار أو مدى الاختصاص الذي وقع فيه الضرر». إن حلاً كهذا يتيح وضع القانون الداخلي على خط القانون الاتفاقي. وبالمقابل إذا كان يقدر أن الدعوى المباشرة تعود إلى «المادة العقدية»، فذلك بأن مكتسب الملكية من الباطن يحوز اختياراً مختلفاً: بإمكانه أن يراجع إمّا قضاء محل إقامة المدعى عليه وإمّا قضاء «مكان التسليم الفعلي للشيء». وهذا الحل الأخير ينبغي أن يكون مفضلاً لأنه يتيح عدم التفريق، بصورة صنعية إلى حد ما، بين القواعد المطبقة على الأساس والقواعد المطبقة على الإجراء، على الأقل إذا كان النزاع داخلياً بحتاً.

831 ـ بنود إسناد الاختصاص يحتج بها ضد حائز الدعوى المباشرة.

تطبّق القواعد التي بيّناها بسهولة في غياب أيّ بند إسناد للاختصاص. ولكن ماذا يحدث عندما يتمسك المدين الفرعي ببند كهذا متحدر من العقد الذي يربطه بالمدين الوسيط؟ فل هو محتج به ضد حائز الدعوى المباشرة؟

يمكن الأخذ، لصالح اللاّحجية، بأن الدائن الملاحق لم يكن فريقاً في هذا العقد. غير

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 14 كانون الأول 1983، النشرة المدنية، I، رقم 296؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1984، صفحة 405، ملاحظة J.B.

(2) حكم محكمة استئناف باريس، 5 تشرين الثاني 1985، المجلة العامة للتأمين البري، 1986، 544؛ 30 أيلول 1987، Dalloz 1988، صفحة 160 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL.

(3) حكم محكمة عدل المجموعات الأوروبية، 17 حزيران 1992، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، II، 21927، تعليق Ch. LARROUMET، مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة E، II، تعليق P. JOURDAIN مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، I، 3664، رقم 3، ملاحظة G. VINEY؛ جريدة القانون الدولي، 1993، صفحة 469، ملاحظة J. - M. BICHOFF، مجلة القانون الدولي الخاص الناقدة، 1992، صفحة 726، ملاحظة R.T.D. Eur; GAUDEMET، 1992، صفحة 709، تعليق P. DE VAREILLES - SOMMIÈRES.

(4) انظر P. DE VAREILLE - SOMMIÈRES، التعليق المذكور سابقاً، ولا سيما الأرقام 18 إلى 20.

أن هذا الرأي ليس مقنعاً. فالدعوى المباشرة إذ تتيح لحائزها الإفادة من العقد المبرم بين مدينه والمدين الفرعي نادراً ما يبدو بالفعل أنه من الممكن أن يتمكن من الإفادة من مبدإ المفعول النسبي للعقد بمعنى يفيده وحسب. يضاف إلى ذلك أنه يمكن أن يكون مصدر دعواه المباشرة في هذا العقد، مع أن الدائن لم يكن فريقاً في العقد الأصلي، وأن الدفوع الوحيدة غير المحتج بها تجاهه هي الدفوع التي تتجسد بعد ممارسة الدعوى (دعاوى مباشرة غير تامة) أو ولادة الدين (دعاوى مباشرة تامة)[1]. وعليه، ومع التحفظ لجهة تطبيق المادة 48 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة التي تحدد بشكل ملموس مدى بنود إسناد الاختصاص الإقليمي، يبدو أن الرأي المعاكس أكثر توافقاً مع طبيعة الدعوى المباشرة ونظامها.

يضاف إلى ذلك أن الغرفة المدنية الثالثة كانت، بعد عدة محاكم أساس[2]، قد سارت في هذا الاتجاه إذ حكمت في 30 تشرين الأول 1991 بأن محكمة الاستئناف، لأن صاحب العمل المستقل يملك ضد صانع المواد دعوى عقدية مباشرة «مبنية على عقد البيع المبرم بين هذا الصانع والبائع الوسيط، استنتجت بصواب من ذلك أن بند إسناد الاختصاص الوارد في العقد كان محتجاً به ضد صاحب العمل المستقل»[3].

إن حلاً كهذا يتعارض مع عدة أحكام للغرفة التجارية رأت أن «بند إسناد الاختصاص لا يحتج به إلاّ ضد الفريق الذي علم به وقبله في آونة تكوين العقد»[4]. ولا جدال في أن حائز الدعوى المباشرة لم يتمكن من العلم وبالأحرى من قبول بند كهذا في آونة التعاقد مع المدين الوسيط. غير أن محكمة النقض تأخذ اليوم بأن هذا المدين الوسيط، بسبب نقل الدعوى إلى مكتسب الملكية الثاني، يمارس الدعوى التي تعود إلى سلفه[5]. ينبغي إذاً قبول أن هذا الأخير إذ علم بالبند وقبله فإن ذلك يطبق تصورياً على مكتسب الملكية الثاني بسبب نقل الدعوى.

---

(1) انظر الرقم 841 اللاحق.

(2) حكم محكمة استئناف ايكس ـ آن ـ بروفانس، 27 كانون الأول 1935، Dalloz 1936 الأسبوعي، صفحة 185؛ المجلة العامة للتأمين البري، 1936، صفحة 565 (بند يعدل فيه مؤمَّن عن دعوة المؤمن أمام القضاء القنصلي يحتج به ضد الضحية) ـ حكم محكمة استئناف باريس، 20 حزيران 1967، Dalloz 1968، صفحة 60 من التقرير (بند إسناد الاختصاص الوارد في العقد الأصلي يحتج به ضد مكتسب لملكية الثاني عندما يكون هذا الأخير المستفيد من ضمان العيوب الخفية، المنقول إليه في عقد البيع متمسكاً بالضرورة بالعقد الأصلي الذي يحدد الموجبات الإيجابية والسلبية للبائع السابق والمشتري الوسيط).

(3) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض 30 تشرين الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 251، صفحة 148؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1992، الطبعة G، I، 3570، ملاحظة Ch. JAMIN.

(4) 10 كانون الثاني 1989 النشرة المدنية، IVرقم 20، صفحة 12. وكذلك حكم الغرفة التجارية، 28 شباط 1983، النشرية المدنية، IVرقم 89، صفحة 76 ـ 9 تموز 1991، النشرة المدنية، IV، رقم 256، صفحة 179.

(5) حكم الغرفة المدنية الأولى، 27 كانون الثاني 1993، النشرة المدنية، Iرقم 45، صفحة 30؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1993، الطبعة G، I، 3484، صفحة 274 وصفحة 275، ملاحظة J. GHESTIN.

832 ـ أصالة البنود التحكيمية.

منذ وقت أحدث أخذ حكم صادر هذه المرة عن الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض[1] بحل مختلف في مادة البنود التحكيمية.

جرت، في القضية المعنية، مبيعات متعاقبة لمنتجات نفطية حصلت في أيام معدودة. وكان مكتسب الملكية الثاني الذي اشتكى من طابع السلعة المشوبة بالعيب قد دعا مجموعة البائعين السابقين أمام محكمة مكان تسلم المنتجات. واحتج في وجهة كل من البائعين بدفع عدم الاختصاص لصالح محاكم تحكيمية مختلفة، بحيث أن مكتسب الملكية الثاني كان عليه بعشرة دعواه أمام هذه المحاكم الكائنة، فضلاً عن ذلك، في بلدان عديدة. وقد أعلنت محكمة النقض، إذ ردت محكمة الاستئناف اعتراضات البائعين المتعاقبين في شأن الحكم الذي أعلن أن محكمة مكان تسليم السلع صاحبة اختصاص استناداً إلى المادتين 607 و608 من مدوّنة الإجراء المدني الجديدة، أن الطعون مردودة بعد أن حكمت بأن البنود التحكيمية لم تكن محتجاً بها ضد مكتسب الملكية الثاني «لعدم وجود نقل عقدي».

وإذا كان الحكم، من وجهة نظر عملية، يستحق التأييد[2] إلاّ أنه يصعب التوفيق بينه وبين الاجتهاد الحالي لمحكمة النقض التي تأخذ بأن الدعوى التي يحوزها مكتسب الملكية الثاني هي الدعوى التي يملكها سلفه عندما تنتقل إليه بصفة تابع. وثمة تفسيران ممكنان، إمّا أن الحل مسوّغ بخاصية البند التحكيمي الذي له، في مادة التحكيم الدولي على وجه الخصوص، «استقلالية قانونية تامة» بالنسبة إلى العقد[3]، أو أن الحكم يبرز «حقاً خاصاً» معطى للدائن، وتكون الأحكام المتعلقة مباشرة بالضمان بكون وحدها المنقولة وبالتالي محتجاً بها. غير أنه تتعذر، في هذه الحالة، رؤية سبب تسويغ عدم تبعية بنود إسناد الاختصاص لمصير البنود التحكيمية.

---

(1) حكم الغرفة المدنية الأولى، 6 تشرين الثاني 1990، النشرة المدنية، I، رقم 230، صفحة 165.

(2) قارن بـ Ph. DELEBECQUE, La transmision de la clause compromissoires، مجلة التحكيم، 1991، صفحة 19 وما يليها ولا سيما رقم 13.

(3) الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 7 أيار 1963، Dalloz 1963، صفحة 545، تعليق J. ROBERT؛ مصنف الاجتهادات الدوري، 1963، II، 13405، تعليق P. GOLDMANN جريدة القانون الداخلي 1964، صفحة 82، ملاحظة J.D. BREDIN؛ مجلة القانون الدولي الخاص الناقدة 1963، صفحة 615 تعليق H.MOTULSKY. انظر في الاتجاه عينه حكم الغرفة التجارية في محكمة النقض، 15 حزيران 1967، مصنف الاجتهادات الدوري، 1967، IV، صفحة 113. وكذلك Y. LOUSSOUARN et J.D. BREDIN, Droit du commerce international، 1959، صفحة 94، رقم 81.

الفقرة 3 ـ النتائج

833 ـ مدى حق التفضيل وارتباط حجية الدفوع بخاصية الدعوى المباشرة.

للدعاوى المباشرة فائدة مزدوجة، إنها تتيح لحائزيها، من جهة أولى، أن يتجنبوا أيّ اشتراك لدائني المدين الوسيط، ومن جهة ثانية أن لا يحتج ضدهم ببعض الدفوع الذي يمكن أن يثيرها المدين الفرعي ضد المدين الوسيط[1].

إن مدى هذه الفائدة المزدوجة، في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة للإيفاء، يتوقف مع ذلك على الطابع التام، وغير التام للدعوى المقامة.

فاذا تعلق الأمر بدعوى مباشرة تامة فإن دين حائزها يجمّد في ذمة المدين الفرعي المالية ويخصص، في تدبير متغير[2]، لإيفاء الدائن منذ نشأة الدين. وعليه لا يستطيع المدين الفرعي في أيّ حال نقل مبلغه (إلاّ أن يتعرض إلى إيفاء مزدوج) إلى المدين الوسيط، وإلى دائنيه الآخرين، إذا نص القانون على ذلك: في هذه الحالة الأخيرة يكون حق التفضيل مطلقاً[3]. والدفوع التي تنشأ قبل ولادة الدين هي التي يحتج بها ضد حائز الدعوى.

ودين حائز الدين، إذا تعلق الأمر بدعوى مباشرة غير تامة، يجمّد في ذمة المدين الفرعي المالية ويخصص، في التدبير عينه، لإيفاء الدائن في آونة ممارسة الدعوى المباشرة. وعليه يستطيع المدين الفرعي بحرية التصرف بها قبل أن تتم إقامة هذه الدعوى؛ وخلال هذه الفترة من الزمن بإمكانه أن يدفع للمدين الوسيط كما لدائني هذا المدين الوسيط الآخرين: حق التفضيل نسبي، يضاف إلى ذلك أن جميع الديون السابقة لآونة ممارسة الدعوى يحتج بها ضد حائز هذه الدعوى.

834 ـ ذاتية الدعاوى المباشرة للمسؤولية

هل هذا التصنيف الساري بالنسبة إلى الدعاوى المباشرة للدفع مطبق في ما يختص بالدعاوى المباشرة للمسؤولية؟ ان كون محكمة النقض تأخذ بأن البائع الوسيط يمكنه المقاضاة، حتى ولو مارس مكتسب الملكية الثاني دعواه المباشرة، ما دام أن له «فائدة مباشرة وأكيدة»[4]، لا يسمح بتصنيفها في فئة الدعاوى المباشرة غير التامة وبالأولى في فئة

---

(1) انظر حول الإدانة المحتملة بالتضامن بين المدين الوسيط والمدين الفرعي، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 456 وما يليه والإسنادات المستشهد بها. ومن المناسب أن يضاف إلى ذلك، في مادة المبيعات المتعاقبة، حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 6 تموز 1988، النشرة المدنية I، رقم 231، صفحة 161.

(2) انظر الرقم 839 اللاحق.

(3) انظر في مادة تأمين المسؤولية حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الأول 1991، النشرة المدنية، III، رقم 314، صفحة 184.

(4) انظر الرقم 747 السابق.

الدعاوى المباشرة التامة. يضاف إلى ذلك أن دعاوى كهذه يمكن أن تقام في حين أن دين حائزها ليس أكيداً ولا معين المقدار، ولا يتيح كذلك النظر في تجميده.

وعليه لا يبدو من الممكن امتداد المقارنة إلاّ من وجهة نظر مزدوجة فحق التفضيل من جهة أولى، يتحدد هنا بواقع أن حائز الدعوى، ودينه لا ينتقل إلى ذمة المدين الوسيط المالية، لا يشترك مع دائني المدين الوسيط الآخرين مما يشكل منفعة عندما يكون هذا المدين الوسيط موضوع إجراء جماعي. ويمكن، من جهة أخرى، الأخذ بأن البنود جميعاً التي تنشأ بعد إقامة الدعوى محتج بها ضد الدائن. إلاّ أنه يقتضي قبول أن مثل هذا المبدأ غير المسلم به[1] نادراً ما يبدو أن له مدى عملياً.

I ـ حق التفضيل

835 ـ يسوّغ تجميد الدين في ذمة المدين الفرعي المالية وتخصيصه لإيفاء الدائن وكونه لا يمر عبر ذمة المدين الوسيط المالية حق التفضيل الذي هو «من روح الدعوى المباشرة»[2].

836 ـ يتغلب حائز الدعوى المباشرة على الدائن.

تفسر هذه المبادىء وجوب تغلّب حائز الدعوى المباشرة دائماً على دائن آخر للمدين الوسيط الذي يمارس دعوى غير مباشرة. فحائز الدعوى المباشرة، من جهة أولى، يجد دينه مجمداً في ذمة مكتسب الملكية الثاني المالية ومخصصاً لإيفائه في حين أن من يمارس الدعوى غير المباشر لا يحوز حقوقاً أكثر من حقوق مدينه: التجميد الناتج عن ممارسة الدعوى المباشرة محتج به ضده[3]. ويبدو، من جهة ثانية، أن إقامة الدعوى غير المباشرة التي ليست سوى تدبير احتياطي لا يمكن أن تشل ممارسة الدعوى المباشرة التي لها أيضاً مفعول ناقل. على أنه يبدو أن المسألة لم تكن على الإطلاق موضوع حكم منشور.

837 ـ يزاحم حائز الدعوى المباشرة غير التامة الدائن على حجز التخصيص.

كان حائز الدعوى المباشرة غير التامة، قبل إصلاح 9 تموز 1991 المتعلق بطرق التنفيذ المنقولات، ينتصر على دائن المدين الوسيط الذي يمارس الحجز لدى الغير، على

---

(1) حكمت الغرفة المدنية الثالثة بالفعل بأن البائع السابق بإمكانه أن يحتج ضد حائز الدعوى المباشرة بمجموعة وسائل الدفاع التي يمكن أن يحتج بها ضد شريكه في التعاقد (26 أيار 1992، النشرة المدنية، IV، رقم 176، صفحة 107 ـ 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6). إلاّ أن الغموض الموجود في هذه المادة (انظر حول بنود إسناد الاختصاص الرقم 831 السابق) تتيح التفكير في أن محكمة النقض لم تُقم بعد كل الوزن الذي تعترف به للدعوى المباشرة. وعليه يمكن أن نأمل حلاً حول هذه النقطة.

(2) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 52، صفحة 36. وكذلك Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 365 ما يليه.

(3) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 468، صفحة 284، التعليق 14 ـ قارن بـ B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 102.

الأقل عندما لم يكن هذا الحجز بعد موضوع حكم صحته.

عند صدور الحكم يكون الدين بالفعل مستبعداً من ذمة المدين الوسيط المالية لكي يخصص حصرياً للدائن الحاجز. بيد أن الدعوى المباشرة، كما جرى تدريس ذلك، عندما لم يكن الحجز لدى الغير بعد إلاّ في المرحلة الاحتياطية، هي التي كان يجب أن تتغلب ذلك بأن الحجز لدى الغير لا يمكن عندئذ أن ينتصر على الدعوى المباشرة إذ تتيح هذه الدعوى نقل الدين إلى ذمة حائزها المالية[1].

إن إنشاء حجز التخصيص قلّل بشكل ملموس من فعالية الدعوى المباشرة للإيفاء على الأقل عندما تكون غير تامة. وليس من الضروري مطلقاً انتظار حكم صحة لكي ينقل الدين إلى ذمة الدائن الحاجز المالية. فالمادة 43 من القانون تنص بالفعل على أن «عمل الحجز يؤدي (. . .) إلى تخصيص فوري لصالح حاجز الدين المحجوز بين يدي الغير (. . .)». ومنذ ذلك الوقت يصبح الدائن الحاجز وحائز الدعوى المباشرة على مستوى واحد: الأسرع يتغلب. وإذ ظهر الدائن الحاجز قبل غيره فإن حائز الدعوى المباشرة لا يستطيع مشاركته ذلك بأن دينه ينقل فوراً إلى ذمته المالية. وبالمقابل إذا ظهر حائز الدعوى قبله فهو الذي يتغلب. ولأن ممارسة الدعوى تجمّد الدين لصالحه ـ على الأقل تجاه المدين الوسيط ـ فلا يعود هذا الدين بالفعل قابلاً «للتصرف به»[2] بين يدي الغير.

ويتعذر، بالمقابل، وجود إمكانية حتى للنزاع بين حائز الدعوى المباشرة التامة والمدين الحاجز عندما يكون دين الأول مجمداً لصالحه منذ تكوينه.

838 ـ يتغلب حائز الدعوى المباشرة على دائني المدين الوسيط موضوع إجراء جماعي.

إن حائز الدعوى المباشرة، كما أنه ليس عليه إثبات ديونه لدى ممثل الدائنين، ولأنه لا يتدخل مباشرة في ذمة المدين الفرعي المالية، لا يشارك دائني المدين الوسيط الآخرين الخاضع لإجراء التقويم القضائي أو التصفية القضائية[3]. إنه يستفيد من إيفاء أفضلي، مع

---

(1) M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 477، صفحة 288 ـ B. STARCK، المقالة المذكورة سابقاً، رقم 103.

(2) مع التحفظ لجهة تفسير المحاكم للتعبير «قابل للتصرف به»، يبدو أن هذا التعبير يجب أن لا يكون له معنى تقني خاص؛ انظر تقرير N. CATALA (الفقه، الجمعية الوطنية، 1990 ـ 1991، رقم 1202، صفحة 88) الذي يأخذ بأن الدين غير القابل للتصرف به هو الدين «غير القابل للحجز لأنه موضوع حجز آخر (أو يتعلق بحجز آخلا) لمدين في حالة تقديم قضائي أو تصفية أمواله».

(3) انظر في شأن حكم أول، حكم محكمة استئناف باريس، 9 آب 1959، Sirey، 59، 2، صفحة 589 (في قضية أقام أحد العمال الدعوى المباشرة المنصوص عليها في المادة 1798 من القانون المدني ضد Offenbach، مدير مسرح Bouffes parisiens، في ذلك الوقت!). وكذلك M. COZIAN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 483 وما يليه ـ Ch. JAMIN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 367، صفحة 322 وما يليها.

التحفظ الساري في الدعاوى المباشرة غير التامة وحسب[1] لجهة أن لا يكون المدير القضائي أو ممثل الدائنين قد قبض المبالغ من المدين الفرعي في آونة إقامة الدعوى.

839 ـ يشارك حائز الدعوى المباشرة مبدئياً دائني المدين الفرعي الآخرين.

إن المبادىء ذاتها ليست ذات تطبيق أكيد إلى هذا الحد في ما يتعلق بالنزاع بين حائز الدعوى المباشرة ودائني المدين الفرعي. فالنصوص المتعلقة بتجميد دينه في ذمة المدين الفرعي المالية ليست لها بالفعل المدى عينه.

وهكذا تنص المادة L.124-3 من قانون التأمينات على أن «المؤمن لا يستطيع أن يدفع لغير الغير المبلغ المتوجب عليه أو قسماً منه ما دام لم يتم إرضاء هذا الغير (. . .)، مما يتيح التفكير في أن «الآخرين»، أيّاً كانوا، ستتغلب الضحية عليهم. وبالمقابل تنص المادة 2102 ـ 8°، الفقرة 2، من القانون المدني على أنه «لن يكون أيّ إيفاء للغير محرراً ما دام الدائنون أصحاب الامتياز لم يتم إرضاؤهم». فهذا النص لا يلزم المؤمّن بأن يفضل حائز الدعوى المباشرة على الدائنين الآخرين ذلك بأن تجميد الأموال لا تأثير له ضد المؤمّن. فالنزاع بين حائز الدعوى المباشرة والدائنين الآخرين لم تتم تسويته. والمادة 13، الفقرة 2، من قانون 31 كانون الأول 1975 تحدد أخيراً موجب صاحب العمل المستقل تجاه المقاول من الباطن «بما لا يزال متوجباً للمقاول الأصلي في تاريخ تلقي نسخة الإنذار المنصوص عليه في المادة السابقة»، ويستنتج من هذا النص تجميد لدينه لصالح المقاول من الباطن. غير أن شيئاً لم يرد حول نزاع محتمل بين المقاول من الباطن ودائني صاحب العمل المستقل الآخرين في حال عدم إرضائهم جميعاً بشكل كامل. إن مجموعة النصوص التي جرى الاستنتاج منها وجود دعوى مباشرة غير تامة صامتة بالطريقة عينها، ذلك بأنه ليس ثمة أيّ تجميد جرى النص عليه صراحة.

وينبغي، عندما لا يورد أيّ نص تخصيص دين المدين الوسيط لصالح حائز الدعوى المباشر وحده، قبول أن هذا الحائز لا يتغلب على دائني المدين الفرعي. وهذا الحل هو بالفعل الأكثر توافقاً مع روح الدعاوى المباشرة من القانون العام. إن هدف هذه الدعاوى الرئيسي إزالة العقبة التي يشكلها المدين الوسيط لوضع المدين الفرعي في مواجهة دائنه «الحقيقي» الذي هو حائز الدعوى المباشرة[2]، دون أن تتقلص لتصبح وسيلة تخصيص الدين لصالح حائز الدعوى المباشرة. ومفعول أي حل آخر يمنحه، بدون نص صريح، امتيازاً يتيح له التغلب على دائني المدين الفرعي.

---

(1) الدين، في ما يتعلق بالدعاوى المباشرة التامة، مخصص منذ ولادته لإيفاء حائز الدعوى المباشرة، وبالتالي لا يستطيع المدين الفرعي أن يدفع للغير.

(2) انظر الرقم 763 السابق وما يليه.

840 ـ النزاع بين حائزي الدعاوى المباشرة.

بعد الحفاظ على وضع الدائنين الذين يملكون، عدا الدعوى المباشرة، امتيازاً مرتبطاً بدينهم ويجري حل النزاع بينهم تبعاً لمرتبة الامتياز[1]، يتم التفريق تقليدياً بين نزاع حائزي الدعاوى المباشرة من الطبيعة عينها ونزاع حائزي هذه الدعاوى من طبيعة مختلفة.

والقسمة، في الفرضية الأولى، يجب أن يتم على أساس قسمة غرماء، على الأقل عندما يكون حائزو الدعاوى المباشرة قد مارسوها في الوقت عينه، إذ ليس بينها بالفعل أي سبب يسوّغ التفضيل.

وهذا ما حكمت به محكمة النقض في مادة المقاولة من الباطن بعد أن بينت أن «الحكم أخذ على وجه صحيح بأن قانون 31 كانون الأول 1975 لم ينشيء حق أفضلية ولا امتيازاً لصالح أحد المقاولين من الباطن في حالة الاشتراك بينهم، وقرر بصواب أنه ينبغي أن يعاملوا على قدم المساواة ما أن يظهروا قبل قيام صاحب العمل المستقل بتسديد ما يتوجب لبعضهم أو قبل حكم قضائي يكرس ممارسة الدعوى المباشرة لصالحهم»[2]. وكل نزاع، في هاتين الفرضيتين، مستحيل بالفعل عندما يكون دين المقاول من الباطن قد نقل إلى ذمته المالية.

ويقتضي، في الفرضية الثانية، تفريق النزاع بين عدة دعاوى مباشرة عامة (تطال مديني المدين الوسيط كافة) أو خاصة (تستهدف مديناً خاصاً للمدين الوسيط) والنزاع بين دعوى مباشرة عامة أو دعوى مباشرة خاصة. ولا تتناول الحالة الأولى، أي النزاع بين عدة دعاوى مباشرة عامة أو عدة دعاوى مباشرة خاصة، سوى الدعاوى المباشرة غير التامة. وفي ما يتعلق بالدعاوى المباشرة التامة يكون أيّ نزاع مستحيلاً بداهة طالما أنها تؤدي إلى تجميد فوري لدين المدين الوسيط في ذمة المدين الفرعي المالية لصالح حائز الدعوى المباشرة. ويبدو، في الفرضية المعاكسة، من المنطقي الأخذ، عند ممارسة مختلف الدعاوى المباشرة في الوقت عينه، ان قسمة الغرماء هي التي يجب اعتمادها ما دام أن مطرح الدين المجمد في ذمة المدين الفرعي المالية غير كافٍ للارضاء التام. وعلى سبيل المثال ينبغي أن يكوِن الأمر كذلك بالنسبة إلى النزاع بين العامل والمقاول من الباطن الذي يقاضي في الوقت عينه صاحب العمل المستقل، بالتعاقب على أساس المادة 1798 من القانون المدني وقانون 31 كانون الأول 1975.

والنزاع بين الدعاوى المباشرة العامة والخاصة، في الحالة الثانية، غير ممكن أيضاً إلاّ بشرط النزاع بين حائزي الدعاوى المباشرة غير التامة. وبالطريقة عينها ينبغي أن تحدد أسبقية

---

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 507 وما يليه. وكذلك، حول النزاع الهامش وإنما الممكن بين حائز الدعوى المباشرة ومن حلّ محله في حقوقه، M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 506، صفحة 302.

(2) حكم الغرفة المدنية الثالثة في محكمة النقض، 11 كانون الثاني 1987، النشرة المدنية، III، رقم 26، صفحة 16؛ Dalloz - Sirey 1987، صفة 256، تعليق A. BÉNABENT.

الدعوى المباشرة الأفضلية. ويجب، إذا كانت الدعاوى المباشرة متزامنة، إجراء قسمة مساواتية ذلك بأنه ليس ثمة أي سبب تسويغ لأن تمتد المبادىء التي تسوس النزاع في المنقول بين الامتيازات العامة والامتيازات الخاصة إلى الدعاوى المباشرة[1].

II ـ لاحجية الدفوع

841 ـ أساس لاحجية الدفوع يحدد مقياسها.

تعني قاعدة لا حجية الدفوع التي تشكل إحدى خاصيات الدعوى المباشرة[2] ان بعض أنواع دعم الدفاع الذي يمكن أن يتمسك بها المدين الفرعي ضد المدين الوسيط يتعذر التمسك بها ضد حائز الدعوى المباشرة.

ومجال تطبيقها ضيق إلى حد ما حسب الأساس المعطى لها. وقد جرى الأخذ في أول الأمر بأن حائز الدعوى، ما أن يمارسها، وهو يمتلك حقاً خاصاً، بإمكانه التنكر للأعمال الحاصلة بين المدين الفرعي والمدين الوسيط بالإفادة من مبدإ نسبية الاتفاقيات[3]. وبعد التخلي عن هذا التفسير أخذ الفقه الأكثري بأن لاحجية الدفوع يفسرها التجميد الذي تحققه الدعوى المباشرة[4]. فما أن يكون دينه موجوداً (دعاوى مباشرة تامة) أو ما أن يقاضي (دعاوى مباشرة غير تامة) حتى يصبح دينه مجمداً في ذمة المدين الفرعي المالية: «يتعذر عندئذ على المدين التصرف به بأي طريقة كانت»[5].

وتتيح قاعدة اللاّحجية المبنية على تجميد الدين تخليل لاحجية أعمال التصرف التي تتم لاحقاً لنشأته أو لممارسة الدعوى، ولكنها لا تتيح تفسير «اللاّحجية الاحتمالية للعيوب التي تشوب الدين»[6]، طالما أن هذه الأعمال سابقة لهذا التجميد، وعلى وجه الخصوص لاحجية سقوط الحق لاحقاً لحدوث الضرر[7] والبنود التي تهيّىء زمنياً لمنح الضمان[8] في مادة تأمين المسؤولية.

---

(1) انظر M. COZIAN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 513، وما يليه.

(2) انظر M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 30 ورقم 63، وما يليه.

(3) انظر H. SOLUS، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 69، صفحة 91. وكذلك MANASSE - MANUEL, De l'action directe contre laed débiteurs substitués، أطروحة في تولوز، 1903، صفحة 73.

(4) M. COZIAN، الأطروحة الآنفة الذكر، رقم 55 وما يليه ـ B. STARCK، المقالة المستشهد بها سابقاً، رقم 82.

(5) M. COZIAN، الأطروحة السالفة الذكر، رقم 55، صفحة 38.

(6) M. COZIAN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 57 وما يليه.

(7) النقض المدني، 15 حزيران 1931، المجلة الفصلية للتأمين البري، 1931، صفحة 801، تعليق M. PICARD؛ Sirey 1932، 1، صفحة 169، تعليق P. ESMEIN. أكدت هذا الحل الناشىء عن مبادرة مستقلة المادة 124 ـ 1 من قانون التأمينات.

(8) حكم الغرفة المدنية الأولى في محكمة النقض، 22 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية، I، رقم 28، صفحة 28؛ Dalloz - Sirey 1985، صفحة 216، تعليق Y.D. ـ 23 كانون الثاني 1985، النشرة المدنية I، رقم 36، صفحة 34؛ مصنف الاجتهادات الدوري 1985، طبعة G، II، 20509 ملاحظة G. DURRY =

إن هذه الحلول، التي تعطي الحظوة لاستقلالية الحق الذي يمارسه الدائن بالنسبة إلى العقد الذي يربط المدين الوسيط بالمدين الفرعي، تتوافق مع تطور الدعوى المباشرة فقد فرضت هذه الدعوى نفسها بالفعل ضد القانون العام للدعوى غير المباشرة التي تستنسخ حق الدائن عن حق مدينه بأن تعطي إلى حد ما «حقاً خاصاً» لحائزها[1]. يبدو إذاً أنه من الواجب العودة جزئياً إلى التفسير الأصلي للاحجية الدفوع. فحائز الدعوى المباشرة، منذ نشوء دينه (دعاوى مباشرة تامة) أو منذ ممارستها (دعاوى مباشرة غير تامة)، يتمتع بحق خاص، أي مستقل بالنسبة إلى الحق يملكه مدينه. وهذا الوضع يجعله بمنجى من جميع الأحداث التي تشوبه بعد ذلك ولو كانت ذات مفعول رجعي أم لا. وهكذا، على سبيل المثال، لا تكون البنود التي تشترط أن ضمان المؤمّن يغطي مطالب الضحية خلال مدة العقد أو بعد سنة من انقضائه محتجاً بها ضده لأنها تتوقف على الأحداث اللاحقة لنشوء الدين[2].

وبالمقابل تكون جميع الدفوع ذات المصدر السابق لنشأة الدين أو لممارسة الدعوى ولا يتوقف العمل بها على أحداث سابقة لها، غير محتج بها ضد الدائن، ذلك بأنها التعبير عن «حقه المتفرع»[3].

غير أن مبدأ الحل هذا غير مطبق على الدعاوى المباشرة للمسؤولية. والغرفة المدنية الثالثة لا تعتمد أي تفريق. وهكذا حكمت بأن الصانع الذي يمارس صاحب العمل المستقل ضده دعوى ذات طبيعة عقدية مبنية على عدم مطابقة المنتج المباع للمقاولة التي نفذت الأشغال له الحق بالاحتجاج ضد صاحب العمل المستقل بجميع أنواع الدعم الدفاعي التي يمكن أن يحتج بها ضد شريكه في التعاقد[4]

= (تعليق على الحكمين). انتهت الغرفة المدنية الثالثة، بعد أن تمسكت باجتهادها التقليدي (14 أيار 1985، Dalloz - Sirey 1985، صفحة 507، تعليق M. SFEZ) إلى الأخذ بموقف الغرفة المدنية الأولى: 8 نيسان 1987، النشرة المدنية، III، رقم 80، صفحة 48؛ Dalloz - Sirey 1988، صفحة 153 من الموجز، ملاحظة H. GROUTEL.

(1) انظر الرقم 717 وما يليه والرقم 813.

(2) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 537 وما يليه.

(3) انظر Ch. JAMIN، الأطروحة المذكورة سابقاً، رقم 401 وما يليه والإسنادات المستشهد بها.

(4) 26 أيار 1992، النشرة المدنية، III، رقم 176، صفحة 107 ـ 9 كانون الثاني 1991، النشرة المدنية، III، رقم 10، صفحة 6.

الفهرس التفصيلي

الموضوع	الصفحة

مفاعيل العقد

الباب الأول
قوة العقد الإلزامية أو الملزمة

الباب الفرعي I
محتوي العقد

(1) تعود الأرقام ضمن قوسين إلى أرقام الفقرات.

الباب الفرعي II
مدة تنفيذ العقد

الباب II

مجال مفاعيل العقد

الباب الفرعي I
حجية العقد

الباب الفرعي I
نسبية الرباط الإلزامي

2000/1/640

